Die fehlerhafte Gerichtshandlung im Zivilprozeß

Dissertation

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Max Hoffmann

1931

Druck von Anton Schreiber, Breslau

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Herr Professor Dr. Schott

.....

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

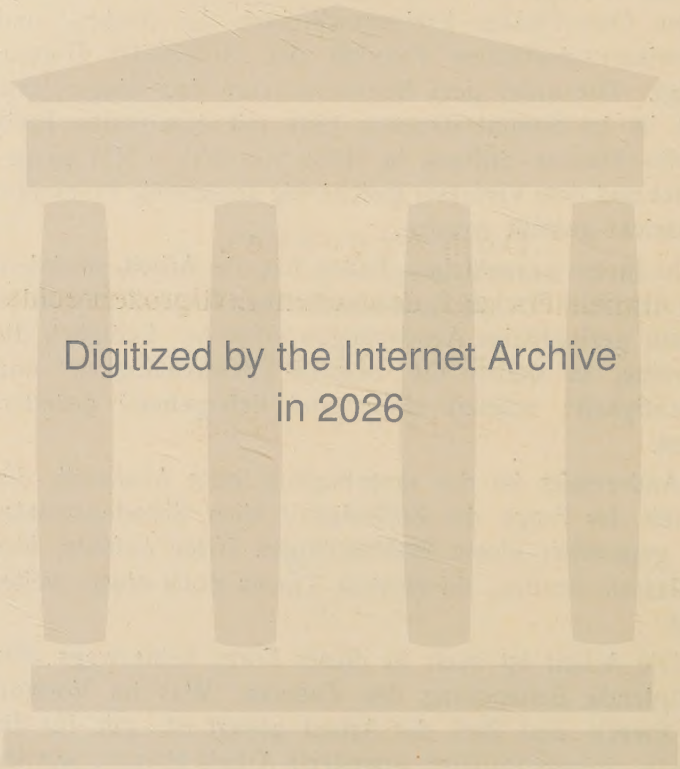
Vorbemerkung

Mit vorliegender Untersuchung hat sich der Verfasser an dem Otto-Fischer-Preisausschreiben der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau beteiligt. Die unter dem Kennwort „cum deo“ eingereichte Arbeit ist im Sommersemester 1931 mit dem ersten Preis der Otto-Fischer-Stiftung in Höhe von 700,— RM ausgezeichnet und dem Verfasser gleichzeitig kostenfreie Promotion in Aussicht gestellt worden.

In ihren wesentlichen Teilen hat die Arbeit, nachdem sie für das Otto-Fischer-Preisausschreiben eingereicht worden war, nur geringfügige Aenderungen erfahren. Lediglich die Abschnitte, in denen die Begriffe „Fehlerhaftigkeit“ und „Unrichtigkeit“ erörtert sind, sind tiefergehend geändert worden.

Andrerseits ist der ursprünglich letzte Abschnitt, der sich mit der Frage der Zulässigkeit einer Schadensersatzklage gegenüber einem rechtskräftigen Urteil befaßte, hier fortgelassen worden, da er vom Thema doch etwas weiter abliegt.

Die Arbeit ist auch in dieser Form keineswegs eine erschöpfende Behandlung des Themas. Was im Vorwort über Zweck und Ziel der Arbeit gesagt ist, gilt für die schon in einigen Punkten erweiterte Arbeit ebenso, wie für die seinerzeit für das Otto-Fischer-Preisausschreiben eingereichte Arbeit.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0031

Dem Andenken
des Altmeisters des deutschen Zivilprozeßrechts
Otto Fischer
in dankbarer Verehrung

Vorwort

Der Verfasser ist bei der Bearbeitung des vorliegenden Themas anfangs davon ausgegangen, lediglich die einzelnen Möglichkeiten der Fehlerhaftigkeit und deren Wirkung auf den Bestand einer Gerichtshandlung darzustellen. Besondere Bedeutung gewann dabei das Nichtigkeitsproblem.

Nach einer eingehenden Beschäftigung mit dem Thema stellte es sich jedoch heraus, daß eine derartige Bearbeitung seinem umfassenden Charakter nicht gerecht werden würde, daß sie lediglich einen Ausschnitt aus den Problemen geben würde, die in einem engen Zusammenhang mit dem Thema stehen. Wollte der Verfasser eine wirklich erschöpfende Behandlung aller dieser Probleme geben, so hätte die Arbeit wohl zu einem mehrbändigen Werke ausgestaltet werden müssen und wäre niemals zu dem gestellten Termin beendet gewesen. Da aber andererseits eine wie anfangs beabsichtige Darstellung notwendig überaus einseitig geblieben wäre, hat der Verfasser, um den Zusammenhang der Probleme nicht zu zerreißen, auf die Gefahr hin, eine nicht der Absicht der juristischen Fakultät der Universität Breslau entsprechende Arbeit herzustellen, folgenden Weg eingeschlagen.

Er hat versucht unter bewußter Außerachtlassung einer völlig erschöpfenden Darstellung der einzelnen Probleme deren Zusammenhang untereinander, sowie ihre Bedingtheit aus der Erscheinung der fehlerhaften Gerichtshandlung im einzelnen klarzulegen, und hierbei gleichzeitig einen Lösungsversuch für die wichtigsten noch nicht geklärten Fragen zu geben. Gleichzeitig hat der Verfasser davon abgesehen, nach seiner Ansicht im richtigen Sinne gelöste und dabei richtige begründete Fragen noch einmal von dem hier ver-

tretenen Standpunkt aus zu unterbauen, und die Haltlosigkeit der abweichenden, schon widerlegten Meinungen noch einmal zu begründen. In solchen Fällen hat er sich darauf beschränkt, eine kurze Darstellung der nach seiner Auffassung maßgebenden Ansicht zu geben unter Hervorhebung der hier als entscheidend angesehenen Gesichtspunkte; dabei hat er gleichzeitig auf die Uebereinstimmung dieser Gesichtspunkte mit dem diese Untersuchung durchziehenden Grundgedanken hingewiesen, und auch die entscheidenden Punkte, die zur Ablehnung der abweichenden Ansichten führen, hervorgehoben.

Unter diesen Umständen hat die vorliegende Untersuchung den Charakter einer zusammenfassenden und die leitenden Gesichtspunkte für die Behandlung der einzelnen Probleme herausstellenden Darstellung gewonnnen.

Die erschöpfende Behandlung sämtlicher Probleme und die Auseinandersetzung mit allen Lehrmeinungen und den einzelnen Ergebnissen der Rechtsprechung wurde einer späteren Bearbeitung vorbehalten, zu der die hier gemachten Ausführungen die Anlage bedeuten sollen.

Mit diesem Vorwort wird diese Schrift der juristischen Fakultät der Universität Breslau übergeben.

.....

Literaturverzeichnis

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe. 1927.

v. Baligand: Zur Lehre von der absolut. Urteilsnichtigkeit. Der Gerichtssaal, Bd. 72. S. 171 ff.

Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1930.

Bekker: Die prozessuale Consumtion. Berlin 1853.

Binder: Die Philosophie des Rechts. 1925.
Rechtsnorm und Entscheidung. 1915.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. 1, 3. Aufl. 1916; Bd. 2, Abt. 1, 2. Aufl. 1914. Abt. 2, 2. Aufl. 1916.

Bley: Klagrecht und rechtliches Interesse. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien. Heft 5, 1923.

Böttticher: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß. 1930.

Bülow: Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 62, S. 1 ff.

Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

Klage und Urteil. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Bd. 31, S. 191 ff.

Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 64, S. 1 ff.

Bunsen: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1900.

v. Canstein: Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes. 1. Bd. 1905.

Coester: Die Rechtskraft der Staatsakte. 1927.

Dalberg: Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten. Jur. Diss. Münster, 1910.

Degenkolb: Beiträge zum Zivilprozeß. Leipzig 1905.

v. Dynovsky: Unzulässigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen ausländische Staaten. 1910.

Elster: Rechtsnorm. Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 4, 1927, S. 715.

Engelmann: Der Zivilprozeß, Geschichte und System. 1889—1901.

Fischer, Otto: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. 1918.
Recht und Rechtschutz. 1889.
Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. Abhdlg. z. Privatrecht und Zivilprozeß, Bd 23, Heft 2 und Bd. 26, Heft 3.
Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Iherings Jahrbuch, Bd. 40, S. 151 ff.

Fitting: Der Reichszivilprozeß. 12. und 13. Aufl. 1907.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Bd. 1, 1913. Bd. 2, 1916.

Friedlaender: Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile. Der Gerichtssaal, Bd. 58, S. 339 ff.

Geib: Rechtschutzbegehren und Anspruchsbetätigung. Abhdlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 18. 1909, Heft 1.

Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage. 1925.
Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Abhdlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 20, Heft 3.
Zivilprozeßrecht. 1929.

Heim: Die Feststellungswirkung des Zivilurteils. 1912. Abhdlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 23 Heft 2.

Hein: Identität der Partei. 1. Bd. 1918; 2. Bd. 1925.

Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1912-1919.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Bd. 1903 ff.
Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905.
Anspruch und Klagrecht. Abhdlg. zum Privatrecht u. Zivilprozeß Bd. 5, 1910.
Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.

v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerh. Staatsaktes. 1924.
Holtz: Urteil wider Urteil. Diss. Göttingen 1890.
Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung. 1925.
Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 6. Aufl. 1929.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung 6/7. Aufl. 1928.
Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908.
Kelsen: Staatsunrecht. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 40. S. 1ff.
Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.
Allgemeine Staatslehre. 1925.
Kern: Zur Lehre von der Prozeßhandlung im Strafprozeß (Festschrift für Lenel. 1922)
Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. 1, 1839.
Kisch: Unwirksame Urteile. Leipziger Zeitschrift 1923, Spalte 625 ff.
Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Deutsches Zivilprozeßrecht. 3. Aufl. 1930.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1905; 3. Aufl. 1925.
Der Gegenstand der Rechtskraft. Festschrift für Wach, Bd. 2. 1913, S. 373 ff.
Kohler: Das materielle Recht im Urteil. Festschrift für Klein, 1914. S. 1 ff.
Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. 1894.
Recht- und Richterspruch. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 11, 1917/18, S. 187 ff.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.
Kopkow: Rechtskraft und Rechtskraftfähigkeit. Jur. Diss. Königsberg 1922.
v. Kries: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses. 1880.
Kroschel: Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile. Der Gerichtssaal, Bd. 69. S. 137 ff.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908. Abhdlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 16, Heft 2.

Laband: Das Staatsrecht des Dtsch. Reiches. 5. Aufl. 4. Bd. 1911.

Langheineken: Der Urteilsanspruch. 1899.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. 1916.

Merkel, Adolf: Die Lehre von der Rechtskraft. Wiener staatswissensch. Studien. Bd. 15, Heft 2.

Mendelsohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft. 1900. S. 284 ff.
Nichtige Urteile. Rheinische Zeitschr. Bd. 3, 1911, S. 371 ff.

Michel: Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen. Jur. Diss. 1906.

Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden. 1921.

Nußbaum: Die Prozeßhandlungen und ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. 1908. Abhdlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 17, Heft 1.

Oertmann: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 1924.
Gesetzeszwang und Richterfreiheit. 1909.

Oetker: Strafentscheidung unter Verletzung des ne bis in idem und ihre Bekämpfung durch außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde. Der Rechtsgang, Bd. 1, 1913, S. 12 ff.
Abhülfe gegen nichtige Strafurteile. Deutsches Wochenblatt, Bd. 9, Sp. 87, 88 ff.
Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1 1891.

Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.
Prozeßprobleme. 1930.
Die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der materiellen Rechtskraft. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 37, S. 1 ff.
Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streits über die Rechtskraft mit besonderer Berücksichtigung der Bedeutung des Zivilurteils für den Strafrichter. Rheinische Zeitschrift, Bd. 6, 1914, S. 489 ff.

Planck: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1887. Bd. 2, 1891.

Plosz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig 1880.

Potthoff: Zur Frage des Zweckes der Rechtsmittel. Jur. Diss. Münster 1928.

Rabel: Unmöglichkeit der Leistung. 1907.
Ueber Unmöglichkeit der Leistung und die heutige Praxis. Rheinische Zeitschrift, Bd. 3, 1911, S. 467 ff.

Rogge: Die Konversion fehlerhafter Verwaltungsakte. Jur. Diss. Greifswald 1928.

Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1929, 3. Aufl. 1931.

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl. 1929.
Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie. 1929.

Seuffert, Lothar: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. Bd. 1, 1910. Bd. 2, 1911.

Sintenis: Der simulierte Prozeß. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Bd. 30, S. 358 ff.

Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. 1886.
Parteiunfähigkeit, absol. Nichtigkeitsgrund. Rheinische Zeitschrift, Bd. 12, 1923, S. 347 ff.

Spengler: Der Untergang des Abendlandes. 1927.

Sperl: Unwahrheit im Urteil. Festschrift für Klein, 1914, S. 15 ff.

Süß: Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß. Festschrift für Heilborn, 1931, S. 125 ff.

Schmitt, Carl: Gesetz und Urteil, 1912.

Schneider: Treu und Glauben im Zivilprozeß.

Schultz: Der Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils. Der Rechtsgang, Bd. 1, Heft 2 u. 3.

Schwartz: Absolute Rechtskraft und heutiges Recht. Festgabe für H. Dernburg, 1900, S. 309 ff.

Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. 1930.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 14. Aufl. 1928, 1929.

Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeß- und Konkursrechts. 3. Aufl. 1928.

Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. 1912.
Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen. 1897.
Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1923.
Steinberg: Die Berichtigung von Urteilen und Beschlüssen. Rechtsfragen der Praxis. Bd. 36.
Streese: Gibt es unrichtige Urteile? Diss. Breslau 1922, (ungedruckt).
Struckmann-Koch: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 9. Aufl. 1910.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Wach: Urteilsnichtigkeit, ein Rechtsgutachten. Rheinische Zeitschrift, Bd. 3, 1911, S. 373 ff.
Die Urteilsnichtigkeit. Rheinische Zeitschrift, Bd. 4, 1912, S. 509 ff.
Nachlese zur Urteilsnichtigkeit, ein Rechtsgutachten. Rheinische Zeitschrift, Bd. 6. 1914. S. 357 ff.
Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. Bonn 1896.
Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, 1885, Leipzig.
Der Rechtschutzanspruch Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Bd. 32, S. 1 ff.
Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft. Drei Rechtsgutachten, 1899.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. Bd. 1903 ff.
Windelband: Ueber Norm und Normalität, Aschaffensburgs Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsform. Jahrg. 3, 1906/07, S. 1 ff.
Wurzer: Nichturteil und nichtiges Urteil. 1927.

Auf weitere Literatur wird gelegentlich im Text verwiesen werden.

Inhaltsangabe

Seite

Vorbemerkung III
Vorwort VII
Literaturverzeichnis IX
Inhaltsangabe XV

I. Hauptteil.

Kurze Untersuchung der Grundbegriffe 1—31

A. **Einführung.** 1—2
1. Die Stellung des Prozeßrechts im Rechtssystem 1
2. Die Untersuchung, ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt 2

B. **Der Zivilprozeß.** 2—4
1. Die Stellung des Zivilprozesses gegenüber dem Strafprozeß und der freiwilligen Gerichtsbarkeit 2
2. Umschreibung des Begriffs „Zivilprozeß“ 3

C. **Das Gericht.** 4—6
1. Das Gericht in administrativem und in prozessualem Sinne 4
2. Das Zivilgericht 4
3. Der Aufgabenkreis des Gerichts 5
4. Die das Gericht verkörpernden Organe 5
5. Der Aufgabenkreis der Ämter, die das Gericht bilden 6

D. **Die Gerichtshandlung im Zivilprozeß.** 6—9
1. Definition der Gerichtshandlung 6
2. Jede Gerichtshandlung ist eine Entscheidung 7

3. Gerichtshandlung, ein Oberbegriff 7
4. Entscheidung, Urteil, Anordnung, Verfügung und Beschluß im Sprachgebrauch der Zivilprozeßordnung 8
5. Aufgabe und Einteilung der Gerichtshandlungen 8

E. **Die Fehlerhaftigkeit.** 10—31
a) Der Begriff der Fehlerhaftigkeit 10—19
1. Die Stellungnahme von Jellinek, Kormann und Rosenberg zu dem Fehlerbegriff 10
2. Die Stellungnahme v. Hippels 10
3. Kritische Betrachtung der Normenlehre 11
4. Die zweifache Bedeutung des Normbegriffs 12
5. Erläuterung des Begriffs der Rechtsnorm 13
6. Der Normbegriff v. Hippels 14
7. Der Fehlerbegriff v. Hippels entspricht nicht dem Gesetz 15
8. Das Gesetz verwendet einen eigenen Fehlerbegriff 16
9. Der Normenkomplex des gesetzlichen Fehlerbegriffs 17
10. Sein Verhältnis zu dem Normenkomplex v. Hippels 18
11. Der Doppelcharakter des Normbegriffs 19
b) Der Begriff der Unrichtigkeit 19—31
1. Umschreibung des Begriffs der Unrichtigkeit 19
2. Seine Verwendung im Gesetz 20
3. Seine Umschreibung in der Literatur 21
4. Kritik an den verschiedenen Umschreibungen 23
5. Stellung von Fehlerhaftigkeit, Unrichtigkeit und Mangelhaftigkeit zueinander 25
6. Bülows Auffassung über das Problem der Unrichtigkeit der Urteile 26
7. Die objektive Gewißheit und die subjektive Ungewißheit der subjektiven Rechtsbeziehungen und ihre Bedeutung für das Unrichtigkeitsproblem 27
8. Die Bedeutung des Unrichtigkeitsbegriffs 29
9. Die weiteren Aufgaben der Untersuchung 31

II. Hauptteil.

Die Behandlung der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung durch das Gesetz 32—56

A. **Die einzelnen Fehler und Fehlergruppen, die das Gesetz erkennen läßt** 32—35

a) Die namhaft gemachten Fehler, deren Wirkungen auf den Bestand einzelner Gerichtshandlungen das Gesetz ausdrücklich angibt 32

b) Die Fehlergruppen, die das Gesetz aufführt 34

c) Andere erkennbare Fehlermöglichkeiten 35

B. **Die weitere Berücksichtigung von Fehlern im Gesetz** 35—37

a) Berücksichtigung durch Einführung der Rechtsbehelfe 35

b) Berücksichtigung in anderer Weise 36

c) Scheidung von Anfechtbarkeit, Änderbarkeit, Fehlerhaftigkeit und Änderung 36

C. **Die einzelnen Anfechtungsmittel** 38—44

1. Berufung 38
2. Revision 38
3. Wiederaufnahme 39
4. Beschwerde 39
5. Einspruch 40
6. Widerspruch 40
7. Erinnerung 41
8. Klagen, die sich gegen Gerichtshandlungen wenden 42
9. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 43
10. Einsprache 43

D. **Die einzelnen Fälle, in denen das Gesetz sonst die Fehlerhaftigkeit berücksichtigt** 44—45

1. Unanfechtbare Entscheidungen 44

2. Ausschluß und Einschränkung von Anfechtungsgründen 44
3. Bindende Entscheidungen 44
4. Für widerruflich erklärte Entscheidungen 44
5. Änderungsbefugnis 45
6. Änderungspflicht 45

E. **Ermöglichung der Fehlerhaftigkeit durch das Gesetz** 45—47
1. Die Gerichtshandlung ist an einen Tatbestand geknüpft, der mit der materiellen Norm nicht übereinstimmt 45
2. Die Verhandlungsmaxime und die Beweisregeln 45
3. Ausschluß des Parteivorbringens 46

F. **Die Stellungnahme des Gesetzes zu dem Problem der Fehlerhaftigkeit** 47—56
1. Das Gesetz rechnet mit der Fehlerhaftigkeit 47
2. Die Fehler sind durch das Gesetz gewertet 47
3. Die Erscheinungsformen des Fernziels und des Nahziels des Prozesses 48
4. Die Rechtsbehelfe, eine Durchbrechung des Ordnungsprinzips 50
5. Die Anfechtung auf Grund eines Verfahrensmangels 52
6. Zusammenfassung der Stellungnahme des Gesetzes 53
7. Andere Wirkungen der Fehlerhaftigkeit als auf den Bestand der Gerichtshandlung 55

III. Hauptteil.

Nichturteil und nichtiges Urteil 57—75

A. **Nichturteil und nichtiges Urteil als Unterfälle der fehlerhalten Gerichtshandlung** 57—61

1. Der 3. Hauptteil, ein Versuch der Anwendung der aus dem Gesetz gefundenen Wertungsgrundsätze 57
2. Gegenüberstellung von Nichturteil und nichtigem Urteil 57
3. Umfang und Inhalt der Urteilsnorm 59
4. Die Möglichkeiten der Fehlerhaftigkeit gegenüber der Urteilsnorm 60
5. Mögliche Wirkungen von Normwidrigkeiten 61

B. **Einzelne Fälle des Nichturteils** 61—69

1. Die Feststellungsweise der wesentlichen Merkmale und der Aufgabe der Urteile 61
2. Die Aufgabe der Urteile 62
3. Merkmale des Urteilsbegriffs, die als begriffswesentlich erscheinen 63
4. Dem gesetzlichen Urteilsbegriff wesentliche Merkmale 64
5. Aus dem Charakter eines Urteils als einer Gerichtshandlung sich ergebende wesentliche Merkmale 65
6. Die Wirkung von Willensmängeln in der Person des erkennenden Organs 66
7. Die Wirkung von Zuständigkeitsverletzungen 68
8. Die Wirkung der Verletzung von Formvorschriften 69

C. **Einige Fälle des nichtigen Urteils** 70—75

1. Umschreibung des Nichtigkeitsbegriffs 70
2. Die Urteilsnichtigkeit in der Literatur 70
3. Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund 72
4. Die Wirkung der Zuständigkeitsverletzung bei Pfändungsbeschlüssen 74

IV. Hauptteil.

Das Rechtskraftproblem 75—95

1. Die Bedeutung der fehlerhaften Gerichtshandlung, insbesondere des unrichtigen Urteils für die Lehre von der materiellen Rechtskraft 75
2. Die Grundlage für die Auffassung vom Wesen des Prozesses als eines Rechtsgestaltungsverfahrens; Ablehnung der Lehre vom Rechtsschutzanspruch 76
3. Zur Frage des objektiven Bestehens subjektiver Rechtsverhältnisse; Grundlage der Auffassung Sauers 79
4. Ablehnung der Lehre Sauers 80
5. Erläuterung dieser Frage an Hand eines Falles 81
6. Die regelmäßige Form der Gestaltung des Privatrechts durch den Prozeß 81
7. Der Umfang der Gestaltungskraft der Gerichtshandlungen 82
8. Die prozeßrechtliche Auffassung vom Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre Ablehnung 84
9. Die Hauptvertreter der materiellrechtlichen Theorie 86
10. Die Kritik Lents an der materiellrechtlichen Auffassung, insbesondere an der Lehre Pagenstechers 87
11. Die Möglichkeit einer materiellrechtlichen Auffassung unter Berücksichtigung der Kritik Lents 89
12. Die Gründe, die für eine materiellrechtliche Auffassung und für die Ablehnung der prozeßrechtlichen Lehre sprechen 91

Exkurs. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft bei einem richtigen Urteil 94

13. Schlußbetrachtung 95

I. Kurze Untersuchung der Grundbegriffe.

A. Einführung.

1. In den letzten Jahrzehnten hat sich die juristische Fachwelt mehr und mehr mit dem bis dahin vernachlässigten Gebiete des öffentlichen Rechts beschäftigt und so gelernt, die Tätigkeit des Staates in ihren viel gestalteten Formen aus dem für das öffentliche Recht eigenartigen Gesichtswinkel der Über- und Unterordnung zu betrachten.[1]) Dies hat heut schon soweit geführt, daß man von der Gegenwart als dem Zeitalter des öffentlichen Rechts sprechen hört. Die Gefahr, die die lebhafte Beschäftigung mit diesem Teilgebiet des Rechts mit sich bringt, ist leicht zu erkennen. Sie kann dazu verleiten, die Äußerungen der Staatsgewalt infolge ihrer gemeinsamen Wurzel, der Staatshoheit, einheitlich behandeln zu wollen, ohne hierbei genügend scharf die im Gesetz in den einzelnen Bestimmungen oft nur angedeuteten trennenden Linien zu beachten, die sich aus den verschiedenen Aufgaben der Staatstätigkeit ergeben.

Eine besondere Selbständigkeit ist hierbei dem Prozeßrecht einzuräumen, das noch heute im wesentlichen übereinstimmender Auffassung als öffentliches Recht angesehen wird.[2])

Denn heute ist allein der Staat Inhaber der Gerichtshoheit, die das Recht und die Pflicht ist, Handlungen der Rechtspflege vorzunehmen. In diesen staatlichen Aufgabenkreis fällt auch die Regelung der Verhältnisse der Rechtssubjekte zum Staat mit Beziehung auf die Aufgaben der

---

1) Bestritten. Ebenso Helfritz. Allgem. Staatsrecht, 1924. S. 7. Gegenüberstellung der Theorien bei Kelsen. Allgem. Staatslehre 1925.

2) Für alle Rosenberg, Lehrb. 2. Aufl. S. 5; die in früherer Zeit z. B. Canstein, Lehrb. I, 261; Lit. bei Wach, Handbuch, Anm. 1 S. 115 vertretenen gegenteiligen Auffassungen können heute als überwunden angesehen werden.

Rechtspflege.[3]) Das Prozeßrecht betrifft also die Ordnung einer Staatsaufgabe[4]) und jede Handlung der im Prozeß tätig werdenden Organe ist Staatstätigkeit, ein Staatsakt.[5])

2. Aus diesem Charakter der Gerichtshandlungen als Staatsakte ergibt sich, daß eine Untersuchung, die die fehlerhaften Gerichtshandlungen im Zivilprozeß, ihre Möglichkeiten und ihre Wirkungen zum Gegenstande hat, letzten Endes ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt in seinem weitesten Sinne darstellt. Jedoch wird die vorliegende Untersuchung es nicht so sehr auf die gemeinsamen Punkte zwischen den sonstigen fehlerhaften Staatsakten und der fehlerhaften Gerichtshandlung abstellen, sondern vor allem auf die sich aus der Natur des Zivilprozesses, als der Verfahrensordnung, die den Zweck hat, durch Urteil und Zwangsvollstreckung, privatrechtliche Interessen zu schützen, für die einzelnen Möglichkeiten der Fehlerhaftigkeit der Gerichtshandlung und deren Wirkungen ergebenden Besonderheiten. Die Ergebnisse der allgemeinen staatsrechtlichen Untersuchungen werden jedoch Berücksichtigung erfahren müssen, schon um die Trennungslinien gegebenenfalls umreißen zu können.

Vor Inangriffnahme des eigentlichen Themas ist es erforderlich, eine Umschreibung der Begriffe zu geben, auf denen diese Untersuchung aufzubauen hat.

Es ist hier zu erörtern, was unter Zivilprozeß, Gericht, Gerichtshandlung und deren Fehlerhaftigkeit verstanden werden wird.

B. **Der Zivilprozeß.**

1. Der Zivilprozeß — dem Wortsinn nach bedeutet Prozeß das Fortschreiten nach einem bestimmten Ziel — ist die gesetzlich geregelte Form der staatlichen Privatrechtspflege.[7]) Er steht im Gegensatz einerseits zum Strafprozeß, mit dem er gemeinsam die streitige Gerichtsbarkeit bildet, andererseits zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mit der er

3) Kleinfeller, Lehrb. 2. Auflage. S. 4.
4) Fischer, Lehrb. S. 9.
5) Fischer, Lehrb. S. 90.
6) Weismann, Lehrb. Bd. I. S. 2.
7) Wach, Handb. S. 3.

zusammen als Zivilgerichtsbarkeit bezeichnet wird, ferner zu der Verwaltungsrechtspflege. Eine Abgrenzung von diesen Verfahren nach der Natur der in ihnen zur Behandlung gelangenden Rechtssachen, also eine begriffliche Scheidung, erscheint nicht angebracht. Verschiedentlich wird sie sogar für ausgeschlossen erachtet,[8]) insbesondere gegenüber der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Schwerer wiegt es, daß das Gesetz selber nicht nach solch sachlichen Gesichtspunkten scheidet, sondern Rechtssachen gleicher Natur das eine Mal den Zivilprozeßbehörden, ein andermal den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder den Verwaltungsbehörden zuweist. Jedes Verfahren vor diesen verschiedenen Behörden ist im wesentlichen einheitlich geordnet, trotz der sachlichen Verschiedenheit der in jeden zu behandelnden Rechtssachen und der damit notwendig bedingten Unterschiede des Verfahrens.

2. Da hier vor allem auch die Behandlung der fehlerhaften Gerichtshandlung in der Zivilprozeßordnung selber und ihren Nebengesetzen untersucht werden soll und daher eine abschließende Durchforschung einer Verfahrensordnung wertvoller erscheint, als wenn aus verschiedenen Verfahrensordnungen mit Rücksicht auf den sachlichen Gehalt der in ihnen behandelten Rechtssachen einzelne Vorschriften eine nähere Betrachtung erfahren, soll daher nicht unter Zivilprozeß das verstanden werden, was bei einer sachlichen Abgrenzung hierunter verstanden werden könnte, sondern es soll in Anlehnung an die gesetzliche Regelung mit der herrschenden Meinung[9]) rein formal das Verfahren vor den Zivilprozeßbehörden bezeichnet werden.

Zivilprozeßsachen sind also die Rechtsangelegenheiten, die nach der Zivilprozeßordnung und deren Nebengesetzen, der Konkursordnung, Vergleichsordnung, Rechtsanwaltsordnung, Gerichtskostengesetz usw., insbesondere auch nach dem Gerichtsverfassungsgesetz den Zivilprozeßbehörden zur Behandlung zugewiesen worden sind; der Zivilprozeß, das Verfahren vor diesen Behörden auf Grund der genannten Verfahrensordnungen ohne Rücksicht auf die materielle Natur der in ihm zur Verhandlung gelangenden Rechtssachen

8) Weismann, Lehrb. Bd. I, S. 25.
9) Vergl. Rosenberg, Lehrb. 2. Aufl. S. 32/33.

und das Zivilprozeßrecht der Inbegriff der Rechtssätze, welche das Verfahren regeln.[10])

Die Aufgabe des Zivilprozesses wird im allgemeinen in der Feststellung rechtlicher Begehren und in deren Verwirklichung gesehen. Daneben tritt als dritte Hauptaufgabe das Konkursverfahren, das die Verwirklichung, aber als deren Voraussetzung auch die Feststellung rechtlicher Begehren in einer abweichenden, nur unter besonderen Verhältnissen eintretenden Verfahrensart bezweckt und der Geldzwangsvollstreckung sehr nahe steht. In ähnlicher Weise ist die Aufgabe des Zivilprozesses in dem Vergleichsverfahren modifiziert. Hierzu treten noch eine Reihe von Nebenaufgaben, die bei Erfüllung der Hauptaufgaben praktisch werden, wie Beurkundungen usw.[11]) Auf das Wesen des Prozesses wird bei der Auseinandersetzung mit der Lehre von der materiellen Rechtskraft noch näher einzugehen sein. Eine eingehende Stellungnahme erübrigt sich daher an dieser Stelle.

C. Das Gericht.

1. Der Begriff des Gerichts wird hier in einem weiteren Sinne verstanden werden, als er in der Literatur und in dem Gesetz allgemein verwendet wird.

Das Gesetz gebraucht ihn in einem doppelten, in „administrativem" und in „prozessualem" Sinne.[12]) Als Gericht in administrativem Sinne bezeichnet das Gesetz die aus mehreren Personen zusammengesetzten Behörden, denen die Ausübung der staatlichen Rechtspflegetätigkeit übertragen worden ist,[13]) und deren handelnde Organe einzelne Abteilungen dieser Personenmehrheit sind. Letztere stellen das Gericht im prozessualen Sinne dar, das zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufene Organ.

2. „Zivilgerichte" kann es nur in letzterem Sinne geben. Sie sind die Abteilungen der Behörde, die im Zivilprozeß auf Grund der Zivilprozeßordnung und deren Nebengesetzen tätig werden, die das Gericht verkörpern und dessen handelndes Organ sind.

---

10) Weismann, Lehrb. Bd. I, S. 2.
11) Fischer, Lehrb. S. 8.
12) Kleinfeller, Lehrb. 2. Aufl. S. 53.
13) Wach, Handb. S. 325. Die „Behörde".

Wann im einzelnen ein Gericht tätig ist, kann zweifelhaft sein. Diese Frage ist unten im Zusammenhang mit den Fehlermöglichkeiten der Gerichtshandlungen zu erörtern.

3. Der Aufgabenkreis der Gerichte ist sowohl in sachlicher als in örtlicher Hinsicht beschränkt.[14]) Daneben ist aber auch das Gericht nicht in sich gleichartig (innere Gerichtsorganisation). Es gibt in ihm verfassungsmäßig eine Reihe von Ämtern, d. h. von berufsmäßig abgegrenzten Kreisen gerichtsbarkeitlicher Geschäfte,[15]) die jedes für sich im Prozeß die Behörde repräsentieren können.

4. An erster Stelle sind hier der Richter und der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu nennen. Jedoch werden auch der Gerichtsvollzieher, der Notar und noch andere Personen als Staatsorgane im Zivilprozeß tätig. Auch diese Ämter sollen in einem weiteren Sinne als Gericht bezeichnet, die Tätigkeit des Amtsinhabers also als eine Gerichtshandlung angesehen werden, ohne daß damit zu der Frage Stellung genommen wird, ob Gerichtsvollzieher, Notar usw. bei dieser Tätigkeit als Teil eines Gerichts im administrativen Sinne tätig werden.[16]) Eine solche Umschreibung des Begriffes Gericht hat den Vorzug, daß alle Staatstätigkeit im Zivilprozeß Gerichtstätigkeit ist, die Handlungen der Staatsorgane also Gerichtshandlungen sind. Aus dem Rahmen der Staatstätigkeit im Zivilprozeß fallen dann nicht die Handlungen einzelner Organe heraus. Allerdings erfährt damit der Begriff des Gerichts eine leichte Pressung. Dieser Begriff wird jedoch, was ausdrücklich hervorgehoben wird, aus diesem systematischen Grunde untechnisch gebraucht.

---

14) GVG. §§ 23, 71, 72, 94, 95, 119, 133; Gen. Ges. §§ 111, 112, 51, 96; HGB. §§ 272, 309; G.m.b.H. Ges. §§ 61, 75; Börs. Ges. § 49; Priv. Vers. Ges. § 36; Ges. betr. Entschädigung im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochener und unschuldig Verhafteter vom 20. 5. 1889, § 5; 14. 7. 04, § 6; Beamten Hinterbliebenenges. vom 17. 5. 07; Reichshaftungsgesetz vom 22. 5. 1910 § 3; Wehrgesetz vom 23. 3. 1921 § 32; Privatnotenbankges. vom 4. 2. 1925 § 24, u. a. Oertliche Zuständigkeit vor allem ZPO. §§ 13—37.

15) Wach, Handb. S. 316 in Anlehnung an Laband, Reichsstaatsrecht, I, S. 293 f.

16) Enger z. B. Fischer, Lehrb. S. 51 mit Hinweis auf die preußische Gerichtsvollzieherordnung.

5. Diesen Ämtern sind verschiedene Aufgaben im Prozeß zugewiesen.

Das Richteramt verkörpert auch heute noch in sich grundsätzlich die Fülle der Gerichtsgewalt, wenn sie auch teilweise den Urkundsbeamten, Gerichtsvollziehern, Notaren usw. übertragen ist.[17]) Zur Aufgabe der Urkundsbeamten gehört vor allem die Entgegennahme von Parteigesuchen, die Anfertigung von Protokollen, sowie von anderen Zeugnissen, Beurkundungen und Abschriften, sowie die Besorgung des Amtsbetriebes.[18]) Ihre entscheidende Tätigkeit ist durch die Novellengesetzgebung der letzten Jahre erheblich vermehrt worden. Den Gerichtsvollziehern liegt die Zustellung in bezug auf Sachen und Personen ob. Sie werden ferner in der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen tätig, die Notare oder andere hierzu zu bestimmende Personen in Bayern, Württemberg und Baden in der Zwangsversteigerung nach § 13 EG. ZVG. Die Gerichtswachtmeister sind Exekutivorgane und bewirken auch heute noch einen Teil der Zustellungen im Amtsbetrieb (§ 211 ZPO.). Die übrigen bei Zustellungen und Vollstreckungen tätig werdenden Behörden wie die Post, die Militärbehörde usf. sind zumeist als Hilfsorgane der Gerichte anzusehen.

D. Die Gerichtshandlung im Zivilprozeß.

1. Unter einer Gerichtshandlung im Zivilprozeß ist die Tätigkeit eines Staatsorgans in Ausübung staatlicher Rechtspflege im Zivilprozeß zu verstehen. Mit dieser Definition soll nichts weiter gesagt werden, als daß die Gerichtshandlung ein Unterfall des Staatsaktes ist, nicht aber ist damit schon Stellung dazu genommen, wann eine Gerichtshandlung als vorliegend anzusehen ist.

Der Begriff der Gerichtshandlung, wie auch der des Staatsaktes, ist dem Gesetz nicht bekannt. Es kennt nur eine große Anzahl einzelner Gerichtshandlungen. Der Begriff der Gerichtshandlung ist lediglich der von der Wissenschaft geprägte Oberbegriff aller dieser einzelnen Gerichtshandlungen bestimmter Art. Wann eine Tätigkeit als Gerichtshandlung anzusehen ist, kann daher nur durch das positive

17) Wach, Handb. S. 320; Stärker im gemeinen Recht, wo die Gerichtsgewalt ungeteilt bei dem Richter lag.

18) Fischer, Lehrb. S. 41.

Recht angegeben werden. Denn nur aus ihm ist zu entnehmen, wann eine Handlung eine Gerichtshandlung bestimmter Art ist. Erst dann aber kann die Handlung auch als Gerichtshandlung ganz allgemein angesprochen werden. Eine allgemeine Definition der Gerichtshandlungen ist daher nicht möglich. Für eine formale Bestimmung genügt es, im engen Anschluß an von Hippel,[19]) eine Gerichtshandlung dann als vorliegend anzusehen, wenn sie aus Rechtsgründen irgendwelcher Art dem Staate und zwar in Ausübung der Rechtspflege im Wege des Zivilprozesses zuzurechnen ist. Wann sie dem Staat zurechenbar ist, ist im einzelnen besonders festzustellen.

2. In den Prozeßgesetzen sind eine große Anzahl einzelner Gerichtshandlungen aufgeführt, z. B. das Endurteil § 300 ZPO., das Protokoll § 159 ZPO., die Pfändung § 803 ZPO. und viele andere. Zusammenfassend werden die Gerichtshandlungen, die eine Anordnung enthalten, als Entscheidungen bezeichnet werden, denn vor Vornahme einer solchen Handlung, gleichviel, ob sie schon das Endziel des Verfahrens bildet, oder sonstwie dem Verfahren dient, hat die Person oder die Personenmehrheit, die in Ausübung staatlicher Rechtspflege tätig wird, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ihr Handeln vorliegen. Ist dies nicht der Fall, dann hat sie hiervon Abstand zu nehmen.[20]) Insofern ist daher jede dieser gerichtlichen Tätigkeiten eine Entscheidung.

3. Die Prozeßgesetze behandeln die Gerichtshandlungen nicht gleichmäßig. Die dem zugrunde liegende verschiedene Natur der Gerichtshandlungen gelangt jedoch nur unvollkommen in der verschiedenen Bezeichnung der Gerichtshandlungen zum Ausdruck. Die Gesetze nennen sie Entscheidung, Verfügung, Anordnung, Beschluß, Urteil, Genehmigung, Ermächtigung, Bestätigung, Prüfung, Protokoll, Pfändung, einstweilige Verfügung usw. Sie verwenden also für die Gerichtshandlungen die verschiedensten Namen, jedoch nicht immer in gleicher Bedeutung.

---

19) Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, S. 3; ebenso Coester, S. 19/20.

20) Ebenso, Fischer, Lehrb. S. 89.

4. Unter Entscheidung versteht die Zivilprozeßordnung in der Regel die Entscheidung eines Streitpunktes, z. B. §§ 64, 65, 66, 315 ZPO., bezeichnet aber damit auch Maßnahmen, die nur dem Fortgang des Prozesses dienen,[21]) z. B. § 238 Abs. 2 ZPO. An anderer Stelle (§ 160 Nr. 5 ZPO.) werden Urteile, Beschlüsse und Verfügungen als Unterarten des Begriffs Entscheidung genannt.

In immer gleichem Sinn wird lediglich der Begriff Urteil verwendet. Diese zerfallen jedoch wieder in End-, Zwischen- und Teilurteile und erfahren auch keine ganz einheitliche Behandlung. Für sie ist eine hauptsächlich in §§ 313, 315 ZPO. enthaltene Form vorgeschrieben. Den Urteilen kommt eine ganz bestimmte Aufgabe zu. Sie haben die Streitsachen, sei es teilweise oder vollständig, bedingt oder unbedingt zu erledigen.

Verfügungen und Beschlüsse nennt das Gesetz Maßnahmen der verschiedensten Gattung. Bei den Verfügungen überwiegt der prozeßleitende Charakter. Sie sind im allgemeinen Akte des Vorsitzenden, der jedoch dem Kollegium nicht selbständig gegenübersteht, sondern nur Repräsentant des Gerichts ist. Beschlüsse sind im allgemeinen Akte des Gerichts. Es finden sich Beschlüsse, die eine Sachentscheidung enthalten; andere dienen nur dem Fortgang des Verfahrens.

Unter Anordnungen versteht das Gesetz im allgemeinen prozeßleitende Maßnahmen, jedoch mit Ausnahmen.

Daneben bestehen noch Gerichtshandlungen, die eine eigene Bezeichnung führen, und die von dem Gesetz nicht unter die aufgeführten zusammenfassenden Bezeichnungen gebracht werden. Hier ist vor allem die Pfändung zu nennen. Sie ist der staatliche Beschlagnahmeakt bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Eine gleichfalls selbständige Stellung nehmen schließlich noch die Protokolle ein, deren Zweck sich in der authentischen Wiedergabe eines Ereignisses erschöpft.

5. Diese verschiedenen in wechselnder Bedeutung gebrauchten Bezeichnungen zeigen, daß eine dem Sprachgebrauch des Gesetzes entsprechende Einteilung zu einem

21) Wach, Vorträge, S. 76. ff.

widerspruchsvollen Ergebnis führen müßte. Den Gerichtshandlungen kommt jedoch ein verschiedener Charakter zu. Allen ist gemeinsam, daß sie irgendwie dem Fortgang des Verfahrens dienen (auch wenn sie das Verfahren erst in Gang setzen). Diesen Zweck erfüllen auch die Beurkundungen und die gerichtlichen Wahrnehmungen.

Einige Gerichtshandlungen haben jedoch nur diesen Charakter, beeinflussen allerdings insofern mittelbar auch eine Sachentscheidung. Diese Gerichtshandlungen sollen als Verfügungen im Anschluß an die herrschende Lehre bezeichnet werden [22]) Bei ihnen hat das richterliche Ermessen einen weiten Spielraum.

Die Urteile sprechen im Gegensatz hierzu regelmäßig eine Sachentscheidung aus. Sie schließen das Verfahren hinsichtlich eines Streitteiles, Streitpunktes oder vollständig ab und zeichnen sich durch Formvorschriften aus.

Die übrigen Gerichtshandlungen, soweit sie nicht eine Anordnung enthalten, und wie die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher durchaus selbständiger Art sind, was ihre Form und ihren Inhalt anbetrifft, sollen als Beschlüsse bezeichnet werden. Ihre Natur ist damit keine einheitliche.

Die Gesetze unterscheiden ferner die Gerichtshandlungen noch in anderer Weise als durch die Bezeichnung; vor allem dadurch, daß gegenüber den einzelnen Gerichtshandlungen verschiedene Rechtsbehelfe zugelassen sind. Hier hält es sich im wesentlichen an die oben getroffene Einteilung in Urteile, Beschlüsse und Verfügungen. Die auch schon oben als eigengeartet hervorgehobenen Gerichtshandlungen, wie die Pfändung in körperliche Sachen, nehmen auch hier eine selbständige Stellung ein. Mit Rücksicht hierauf ist auch die obige Einteilung vorgenommen worden. [23])

---

22) Wach, Vorträge, S. 76. ff.

23) Diese hier gemachte Unterscheidung und Einteilung erschien deshalb notwendig, weil sich im folgenden zeigen wird, daß das Gesetz im wesentlichen bei der Behandlungen der Wirkungen der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung gleichfalls dieser Einteilung folgt

E. Die Fehlerhaftigkeit.

a) Der Begriff der Fehlerhaftigkeit.

Es bleibt noch übrig darzulegen, was unter Fehlerhaftigkeit verstanden wird. Dieser Begriff ist keineswegs klar.

1. W. Jellinek,[24]) der als erster über das Problem des fehlerhaften Staatsakt eine Monographie veröffentlicht hat, gibt keine Definition. Er erörtert nur, wann nach seiner Auffassung ein völlig fehlerfreier Staatsakt vorhanden ist und setzt im Anschluß hieran die Wirkungen des Fehlens dieser Erfordernisse eines „Idealfalles" auf den Bestand des Staatsaktes auseinander. Er sagt nicht, ob ein Staatsakt, bei dem auch nur eines dieser Erfordernisse fehlt, als fehlerhaft zu bezeichnen ist, sagt also nur negativ und nicht positiv, was fehlerhaft ist. Einer solchen Methode kann nicht zugestimmt werden, da sie nur zur Aufzählung vieler Fehlermöglichkeiten führt, die problematisch bleiben, weil sie nicht auf einen Begriff zurückgeführt sind. Zu einer unbedingt erforderlichen Umschreibung des Begriffes „fehlerhaft" führt diese Methode nicht.

Kormann[25]) kennt den Begriff der Fehlerhaftigkeit überhaupt nicht. Er spricht immer nur von Mangelhaftigkeit, Ordnungswidrigkeit und Unrichtigkeit.

Ebenso kennen die Lehrbücher, Kommentare und die in Betracht kommenden Monographien des Zivilprozeßrechts im allgemeinen nicht den Begriff der Fehlerhaftigkeit. Lediglich Rosenberg[26]) bezeichnet als fehlerhaft die Handlung eines Gerichtorgans, wenn sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande kommt, ohne jedoch im einzelnen auszuführen, wieso er gerade zu dieser Umschreibung kommt.

2. Lediglich v. Hippel[27]) nimmt in einer eingehenden Weise zu diesem Begriff Stellung. Er nennt fehlerhaft einen Staatsakt, „sofern er der Norm irgendwie nicht entspricht, welche angibt, wie die in Frage kommende Handlung an sich beschaffen sein müßte, um als Staatsakt bestimmter Art zu erscheinen ..." „Der Begriff des Fehlers kann nur

24) Der fehlerhafte Staatsakt. S. 29. ff.

25) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. S. 204. ff.

26) Lehrb. III. Aufl. S. 223.

27) Untersuchungen, S. 3. Aehnl. Kelsen, Staatsunrecht, S. 47.

derart formal als Fehler des Deckungsverhältnis von Norm und Tatbestand bestimmt werden." „Als fehlerhaft im Sinne einer Norm können nur Tatbestände angesehen werden, welche, ohne der Norm zu entsprechen, doch für teleologische Betrachtungen sich als irgendwie normbeziehbar erweisen."[28]) So richtig der Grundgedanke von Hippels erscheinen mag, so kann dieser Definition nicht ohne weiteres zugestimmt werden. Richtig ist zwar der Ausgangspunkt v. Hippels, indem er Normenkomplex und Handlung zu einander in Bezug setzt und mit einander vergleicht. Seine Definition erweckt jedoch den Anschein, als ob fehlerfrei schon die Handlung wäre, die als Staatsakt bestimmter Art erscheint, die also die tatbestandlichen Mindesterfordernisse[29]) eines bestimmten Staatsaktes enthält, von denen auch v. Hippel spricht. Seine weiteren Ausführungen ergeben aber, daß von Hippel auch fehlerhaft einen Staatsakt nennt, der zwar der Norm entspricht, die angibt, wie eine Handlung an sich beschaffen sein müßte, um als Staatsakt bestimmter Art zu erscheinen, jedoch nicht den Erfordernissen eines, um mit Jellinek zu sprechen, „idealen" Staatsaktes. Von Hippels Definition ist also seinen eigenen Ausführungen gegenüber zu eng.

Er verwendet weiterhin bei dieser Definition den Begriff der Norm, ohne näher auszuführen, in welchem Sinne er ihn verstanden wissen will. Der Normbegriff ist aber, wie auch der Begriff der Fehlerhaftigkeit keineswegs so klar und unumstritten, als daß er ohne weiteres zu Definitionen verwandt werden könnte. Es ist nicht zweifellos, ob der Normbegriff überhaupt im Zivil- und Zivilprozeßrecht (das hier allein interessiert) Verwendung finden kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Auffassung vom Wesen der Norm ab.

3. Der eigentliche Begründer der Normenlehre im Recht, Binding,[30]) trennt Norm und Rechtssatz. Er schränkt den Normenbegriff auf Rechtshandlungen ein, die eine Unterordnung unter den Staats- und Gemeinschaftswillen zum Ausdruck bringen und nennt „Normen" eine geschlossene Art von Rechtssätzen, die im Gegensatz zu den Ge-

28) S. 4, Anm. 7.

29) Vergl. hierzu Hein, Identität der Partei, bes. S. 316 f.

30) Die Normen, Bd. I.

währungen stehen, welche entweder ausschließlich oder an erster Stelle berechtigen wollen. Die prinzipale Aufgabe der Normen sei die Begründung einer Gehorsamspflicht, die damit zugleich das entsprechende Gehorsamsrecht schaffen.[31])

Damit läßt Binding alle jene Rechtshandlungen außerhalb, bei denen es dem Staats- oder Gemeinschaftswillen gleichgültig ist, ob sie geschehen, aber bei denen es ihm nicht gleichgültig ist, wie sie behandelt werden, wenn sie geschehen sind.[32]) Noch weitergehend dehnt Thon[33]) den Binding'schen Normenbegriff auf das Zivilrecht aus, jedoch mit Unrecht.

Bindings Normenbegriff mag im Strafrecht unter Billigung aller Verwendung finden und sich dort überaus bewähren. Dieser Normenbegriff kann jedoch nur als ein Teil eines weiteren Normenbegriffs angesehen werden, der für das ganze Rechtssystem gilt und von dem dieser Begriff nur der dem Strafrecht eigentümliche, engere Normenbegriff ist.[34])

4. Norm bedeutet seinem Wortsinn nach zunächst nichts als Regel. Der Begriff der Norm wird in einem doppelten Sinn, quantitativ und qualitativ, gebraucht.[35]) Der quantita-

---

31) Binding nimmt hiermit gleichzeitig zu dem Wesen des Rechts Stellung, ohne daß ihm hierin beigepflichtet werden kann. Er sieht die (Straf-) Rechtsordnung als Summe von Rechtssätzen an, die ihre Wurzel in einer Summe von Geboten und Verboten hat. Dabei betont er infolge seiner stark positivistischen Einstellung nicht, daß auch diese Normen nicht das Primäre sondern nur das Sekundäre sind, nähmlich nur der Ausdruck der auch das Strafrecht beherrschenden Ordnungsidee, die nur als Negation der Unordnung Verständnis gewinnt. Dieser richtige Gedanke findet sich schon bei Paulus (1. Kor. 14, 39) für die ethische Ordnung ausgedrückt, wenn es dort heißt: Gott ist nicht ein Gott der Unordnung, sondern des Friedens. Es ist dort in diesem einfachen Satze zum Ausdruck gebracht, daß alle Ordnung (und auch das Recht ist eine Ordnung) nicht anders als Negation einer Unordnung denkbar ist, die sie verhindern oder beseitigen soll. Ohne sie ist der Ordnungsbegriff ohne Sinn.

32) Richtig Elster, S. 715.

33) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

34) Ein besonderes Rechtsgebiet kann sehr wohl einen eigenen Normbegriff verwenden. Dies zeigen die §§ 550 ZPO, 12 E G ZPO, aus denen ein Hinweis darauf zu entnehmen ist, daß auch das Zivilprozeßrecht einen eigenen, engeren Normbegriff verwendet.

35) Vergl. Windelband: Ueber Norm und Normalität. S. 3. ff

tive Normbegriff gründet sich auf der Vergleichung einzelner Tatsachen untereinander. Seine Aufgabe liegt in der Beschreibung der einzelnen Tatsachen und in der Auffassung ihrer quantitativen Verhältnisse. Er ist lediglich ein aus den Tatsachen gefundener Maßstab tatsächlicher Größenvergleichung.

Ein Beispiel für eine quantitative Norm ist die Feststellung der Proportionen des menschlichen Körpers in einem Einzelfall. Diese Norm ist also eine Norm des Seins.

Der qualitative Normbegriff gründet sich darauf, daß das Wirkliche eine bestimmte Anforderung erfüllen soll. Er wird bei der Beurteilung des Wirklichen nach seinem, jener Forderung entsprechenden Werte verwendet.

Die qualitative Norm findet beispielsweise als Grundlage der Prüfung, ob die Proportionen des menschlichen Körpers denen eines ebenmäßig schönen Körpers entsprechen, Verwendung. Diese Norm ist also eine Norm des Sollens.

Die beiden Bedeutungen des Wortes Norm betreffen damit etwas völlig Verschiedenes. Für unsere Untersuchung kommt lediglich die Verwendung des Normbegriffs in seiner zweiten Bedeutung in Betracht, denn für die Umschreibung des Begriffs der Fehlerhaftigkeit ist es erforderlich, Norm und Tatbestand aufeinander in Bezug zu setzen, wobei die Norm den Anspruch darauf erhebt, daß der Tatbestand ihr entspricht.

5. Nicht nur das Verbotene oder Gebotene ist durch die Rechtsordnung geregelt, sondern auch das Erlaubte. Der Normenbegriff ist daher so weit zu fassen, daß er auch die Regeln enthält, die den übrigen Rechtssätzen zugrunde liegen. Jeder Rechtssatz verbirgt dann eine Rechtsnorm, die gemeinsam, worauf Spengler[36]) hinweist, den Ausdruck des Weltbildes des Schöpfers der Rechtsordnung bilden. Ändert sich dieses Weltbild der Machthaber, gleichgültig, aus welchen Gründen (was wir in der Gegenwart deutlich erkennen können),[37]) so geht die Tendenz dahin, auch den Wertgehalt der Rechtssätze zu verschieben. Den Ausgleich

36) Untergang des Abendlandes, Bd. 2, S. 74.

37) An dieser Stelle taucht das heute wieder Bedeutung gewinnende Problem der Grenzen der Gesetzanwendung auf.

bilden die Rechtsnormen, die, wie es Elster ausdrückt, ein „Kompromiß aus lebendig fließendem Leben und in feste Regeln gebundene Erkenntnis“ sind und eine „Richtschnur für das Verhalten der Menschen im Verkehr untereinander“ bilden.[38]) Maßgebend ist jedoch grundsätzlich das im Gesetz zum Ausdruck gelangte „virtuelle“ Bild dieser „generellen“ Rechtsnorm.

6. Der Normbegriff von Hippels ist enger. Nach ihm hat die Norm, die mit dem Tatbestand — der zu betrachtenden Handlung — in Deckungsverhältnis stehen soll, wenn der Staatsakt fehlerfrei ist, folgenden Inhalt: sie gibt an, wie die in Frage kommende Handlung in concreto beschaffen sein müßte, um als Staatsakt bestimmter Art zu erscheinen. So umschrieben enthält der Normbegriff die tatbestandlichen Mindestmerkmale eines Staatsakts.

Die tatbestandlichen Mindesterfordernisse — für unsere Untersuchung die einer Gerichtshandlung — sind jedoch keineswegs immer klar zu erkennen. Es ist im Gegenteil regelmäßig überaus zweifelhaft, welches die tatbestandlichen Mindesterfordernisse einer einzelnen Gerichtshandlung bzw. eines Staatsaktes sind. Die Mindesterfordernisse lassen sich daher im allgemeinen nur durch eine Untersuchung des Einzelfalles feststellen. Schon aus diesem Grunde ist daher die Definition von Hippels bedenklich, da sie keineswegs ein sicheres Ergebnis bei der Feststellung der Norm und damit der Fehlerhaftigkeit gewährt. Zum mindesten dies muß aber von einer Definition verlangt werden können.

Es erscheint weiterhin bedenklich, daß v. Hippel gerade hier dadurch von seiner sonst fruchtbringenden teleologischen Betrachtungsweise abgewichen ist, daß er seinen Fehlerbegriff in konstruktiver und formallogischer Weise gebildet hat. Zum mindesten hätte er aber den so gefundenen Begriff daraufhin untersuchen müssen, ob nicht irgendwelchen gesetzlichen Bestimmungen ein Fehlbegriff zugrunde liegt, und wie sich der konstruktiv gefundene zu jenem verhält. Mit einem Wort: v. Hippel hätte prüfen müssen, ob sein Fehlerbegriff auch der „gesetzliche“ ist, denn nur dann können ja die Ausführungen v. Hippels erst volle Bedeutung gewinnen, zumal das Gesetz am teleologischsten vorgeht.

38) Elster, S. 718.

7. v. Hippels Fehlerbegriff entspricht aber nicht dem aus dem Gesetz erkennbaren Fehlerbegriff, zum mindesten nicht dem in der Zivilprozeßordnung zu Tage tretenden. Nachweis:

Durch § 771 ZPO. wird die Aufhebung der Pfändung für zulässig erklärt, wenn ein Dritter Klage mit diesem Antrag erhebt, und er ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem gepfändeten Gegenstand hat. Die Pfändung kann im Sinne v. Hippels völlig fehlerfrei sein, da alle tatbestandlichen Mindesterfordernisse da sein können, die die Handlung als Pfändung erscheinen lassen. Die „Pfändung" einer nicht dem Schuldner gehörigen Sache ist eine vollwirksame und vollgültige Pfändung. Dies zeigt ja gerade § 771 ZPO., und doch gebietet das Gesetz ihre Aufhebung unter den Voraussetzungen des § 771 ZPO. Eine solche Pfändung soll also keinen Bestand haben, sie verdient aufgehoben zu werden, obwohl nach v. Hippel, ebenso auch nach Rosenberg[39]) die Pfändung fehlerfrei ist. Man verkennt aber den Begriff des Fehlers, oder erklärt das Gesetz für sinnlos, wenn man eine solche Pfändung für fehlerfrei hält.

Denn ein Fehler liegt im wahrsten Sinne des Wortes dann vor, wenn etwas fehlt, was da sein soll, wenn also das Deckungsverhältnis zwischen Norm und Tatbestand, um mit v. Hippel zu sprechen, nicht vorhanden ist. Das was ist, unterscheidet sich von dem, was sein soll, durch den Fehler.[40]) Der Sinn der Zulassung einer Aufhebung oder Abänderung einer Gerichtshandlung ist aber der, hierdurch die Möglichkeit zu geben, daß das, was ist, so wird, wie es sein soll, oder falls dies nicht möglich ist, daß das, was ist, aufgehoben, aus der Welt geschafft wird, weil es nicht so ist und so werden kann, wie es sein soll. Eine nach § 771 ZPO. aufhebbare Pfändung ist also nicht so, wie diese Gerichtshandlung sein soll. Sie ist „fehlerhaft". Es besteht kein Deckungsverhältnis zwischen „Norm" und „Tatbestand". Das Deckungsverhältnis kann aber in diesem Falle nur von Anfang an fehlen. Es kann nicht erst im Laufe des Bestehens der Gerichtshandlung durch eine Verschiebung

39) Lehrb. II. Aufl. S. 204/205.

40) Vorausgesetzt, daß der Tatbestand überhaupt normbeziehbar ist. Die Normbeziehbarkeit liegt hier schon in dem Wort „soll".

der Grundlagen der Gerichtshandlung fehlerhaft werden. Diese Pfändung muß also von Anfang an fehlerhaft gewesen sein.

Durch die Anfechtung mittels der Klage aus § 771 ZPO. wird die Pfändung auch nicht fehlerhaft. Sie ist es schon vorher. Die Anfechtung führt nun die Wirkung der Fehlerhaftigkeit herbei, die Aufhebung der Pfändung, ihre Rückgängigmachung.

Das objektive Vorliegen dieses Fehlers führt allerdings noch nicht zur Aufhebung der Pfändung. Immer muß das über die Fehlerfreiheit urteilende Gericht den Fehler auch als vorliegend ansehen. Auch das Gericht kann irren, oder infolge von Verfahrensvorschriften gezwungen sein, etwas unwahres als wahr anzusehen. Es kann auf diese Weise zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Fehler nicht vorliegt, obwohl in Wahrheit die Entscheidung fehlerhaft ist.

Die Rechtsbehelfe zeigen noch eine ganze Reihe von solchen Fehlern, von Normabweichungen.

Erinnert sei weiterhin nur an das Versäumnisurteil, das völlig prozeßordnungsgemäß ergeht, und dennoch nach erfolgtem Einspruch aufgehoben werden kann. Aber auch ein gewöhnliches Endurteil kann in der Berufungsinstanz dadurch eine Änderung erfahren, daß eine Partei gemäß § 529 ZPO. neue Tatsachen vorbringt, die das Ergebnis beeinflussen. Diese Tatsachen können sowohl vor als auch nach der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz entstanden sein. Sind sie vor der maßgeblichen Verhandlung der ersten Instanz entstanden, so ist das erstinstanzliche Urteil unrichtig gewesen.

Die einzelnen Fälle werden unten, und zwar bei der Untersuchung der Frage, welche Regelung die fehlerhafte Gerichtshandlung durch das Gesetz erhalten hat, noch erörtert werden.

8. Diese wenigen Beispiele zeigen, daß die Prozeßordnung einen Fehlerbegriff verwendet. Er wird zwar von dem Gesetz nicht ausdrücklich definiert, was wir jedoch bei vielen grundlegenden Rechtsbegriffen und Rechtssätzen feststellen können.[41]) Sie sind jedoch alle im Gesetz enthalten und

41) Z. B. der Begriff des beweglichen Vermögens, des Rechtsgeschäfts und viele andere.

können durch Interpretation des Gesetzes und durch Feststellung des Sinns der gesetzlichen Vorschriften aus ihm herausgelesen werden, wobei die Anzahl der Rechtssätze, aus denen das Prinzip hergeleitet wird, um so größer sein muß, je umfangreicher das Prinzip ist.[42])

Die im Gesetz auftretenden und mit der Fehlerhaftigkeit in Zusammenhang stehenden Erscheinungen werden demzufolge daraufhin untersucht werden müssen, ob sie durch den zunächst vorläufig zu formulierenden Fehlerbegriff erklärt werden können. Ist das der Fall, so ist dem Fehlerbegriff die zu seiner allgemeinen Anerkennung notwendige Grundlage gegeben.

9. Es bleibt aber noch zu untersuchen, auf welchen Normenkomplex der Tatbestand zu beziehen ist, wenn wir die „Fehlerhaftigkeit" der Tatbestände feststellen wollen. Es kann nämlich nicht nur einen Normkomplex geben, sondern es müssen deren mehrere bestehen. Den Beweis hierfür bietet der Begriff der Unrichtigkeit im Gegensatz zur Unrichtigkeit im Gegensatz zur Fehlerhaftigkeit. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß beiden Begriffen ein verschiedener Wertgehalt innewohnt. Beide bedeuten etwas verschiedenes. Was sie im einzelnen bedeuten, ist Aufgabe der folgenden Ausführungen.

Beiden Begriffen ist aber eigentümlich, daß sie nur in Verbindung mit ihrem konträren Gegenteil, dem Begriff der Fehlerfreiheit und dem der Richtigkeit, Inhalt und Bedeutung gewinnen können. Sie sind nur als Gegensatz zu diesen Begriffen denkbar. Beide stehen in einem unlösbaren gegensätzlichen Verhältnis. Fehlerhaftigkeit und Unrichtigkeit haben damit gemeinsam, daß ihnen begrifflich das In-Bezug-setzen auf einen Normenkomplex innewohnt. Da sie aber beide etwas verschiedenes bedeuten, einen verschiedenen Wertgehalt haben, muß der Normenkomplex, auf den sie Bezug nehmen, ein anderer sein.

Auf welchen mag nun der Begriff der Fehlerhaftigkeit Bezug nehmen?

Eine einfache Überlegung zeigt dies.

Unter fehlerhaft verstehen wir zunächst ganz allgemein jedes Auseinanderfallen von Norm und Tatbestand. Der

42) Schwarz, in: Grünhuts Zeitschr. Bd. 33, S. 50.

Normenkomplex ist also äußerst weit zu fassen; so weit, wie es nur irgend geht, denn im Sprachgebrauch ist die Fehlerhaftigkeit der farbloseste Ausdruck dafür, daß eine Handlung nicht so ist, wie sie sein soll.

10. Die notwendige Erweiterung muß gegenüber dem Normbegriff v. Hippels soweit gehen, daß z. B. nur eine Pfändung einer Sache, an der kein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht, als normentsprechend, also fehlerfrei angesehen wird. Die Norm gewinnt damit einen zwiespältigen Charakter. Sie hat einmal anzugeben, wann die Handlung — wieder auf das vorgenannte Beispiel bezogen — als eine Pfändung gemäß 803, § 808 ZPO. anzusehen ist, welches also deren tatbestandliche Mindesterfordernisse, und welches die weiteren nicht mehr begriffswesentlichen Merkmale der Pfändung in körperliche Sachen sind. Dann geht sie aber darüber hinaus und gibt an, welche materielle, objektiv bestehende Rechtslage da sein soll, damit die Handlung ergehen kann. Diesen derart umschriebenen Normbegriff finden wir bei jeder Gerichtshandlung wieder, was im einzelnen unten zu zeigen ist.

11. Es empfiehlt sich, diese Doppelnatur des Normbegriffes auch bei der Definition der Fehlerhaftigkeit zum Ausdruck zu bringen, um Mißverständnissen vorzubeugen. Als fehlerhaft soll daher eine Gerichtshandlung bezeichnet werden, welche entweder der Norm, die angibt, wie die Gerichtshandlung bestimmter Art beschaffen sein soll (prozessuale Norm) oder der Norm nicht entspricht, die angibt, auf Grund welcher außerprozessualen Rechtslage die Gerichtshandlung ergehen soll (materielle Norm).[43])

Die Teilung des an sich einheitlichen Normbegriffs in eine prozessuale und eine materielle Norm erschien auch

---

43) Anders Rosenberg, Lehrb. III. Aufl. S. 222 f. Er erläutert seinen Fehlerbegriff dahin, daß eine Entscheidung auch dann als fehlerhaft anzusehen ist, wenn nicht nur hinsichtlich ihrer Findung und Fällung ein prozessualer Fehler begangen ist, sondern auch die Partei- und richterlichen Handlungen, die ihr zugrunde liegen, nicht sämtlich prozeßordnungsgemäß sind. Rosenberg stellt den Fehlerbegiff also ausschließlich auf die Prozeßordnungsmäßigkeit ab. Diese Abweichung zeigt sich auch darin, daß er den Begriff der Unrichtigkeit nicht als einen Unterfall der Fehlerhaftigkeit auffaßt, sondern als selbständig neben diesem stehend betrachtet.

besonders deshalb zweckmäßig, weil das Gesetz die verschiedenen Fehlermöglichkeiten dieser Scheidung entsprechend behandelt.[44])

b) Der Begriff der Unrichtigkeit.

1. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß Unrichtigkeit und Fehlerhaftigkeit zwei scharf zu scheidende Begriffe sind. Der weitere Begriff ist der der Fehlerhaftigkeit, der die Unrichtigkeit umfaßt. Wir bezeichnen eine Entscheidung dann als unrichtig, wenn sie aus der außerprozessualen

---

44) Die Prozeßnormen decken sich nicht mit den materiellen Normen. Diese Doppelstellung findet ihren Grund vor allem in der Doppelnatur des Prozesses.

Der Prozeß dient der Feststellung, Verwirklichung und Gestaltung privater Rechtsverhältnisse. Er nimmt also Bezug auf die materielle Rechtslage. Er ist aber gleichzeitig ein selbständiges Verfahren, das durch Gerichts- und Parteihandlungen vorwärts gebracht wird. Um sein Ziel: Beendigung des Verfahrens durch Entscheidung zu erreichen, sind die Gerichtshandlungen an ganz bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft und müssen auch in bestimmter Form ergehen. Hierüber sagen die prozessualen Normen etwas aus.

Die Gerichtshandlungen brauchen nun infolge der besonderen Ausgestaltung des Verfahrens nicht in Uebereinstimmung mit der außerprozessualen Rechtslage zu ergehen, aus ihr gerechtfertigt zu sein. Wann dies der Fall ist, geben die materiellen Normen an. Diese besagen nichts über die Zulässigkeits-, sondern etwas über die Richtigkeitsvoraussetzungen der Gerichtshandlungen. Die prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Entscheidung decken sich im Regelfall nicht mit den materiellen Normen. Eine prozessuale Norm kann jedoch im Hinblick auf die mit der materiellen Norm nicht übereinstimmenden Voraussetzungen der Entscheidung nicht als der materiellen Norm gegenüber fehlerhaft bezeichnet werden. Sie ist der materiellen Norm gegenüber anders, aber nicht fehlerhaft, denn ein Deckungsverhältnis ist nur bei gleichartigem möglich. Beide Normarten sind aber ungleich, weil sie Verschiedenes bezwecken. Die eine gibt an, wie eine Gerichtshandlung bestimmter Art beschaffen ist und wann sie ergehen kann, die andere, welche Rechtsbeziehung dieser Entscheidung zu Grunde liegen soll. Die Entscheidung jedoch, die Gerichtshandlung, kann in doppelter Hinsicht fehlerhaft sein. Sie kann sich mit der prozessualen Norm, dann aber auch mit der materiellen Norm nicht decken. Bei einer fehlerfreien Gerichtshandlung soll sowohl das Deckungsverhältnis gegenüber der materiellen als auch der prozessualen Norm vorhanden sein. Trifft eines nicht zu, so ist sie im Sinne dieser Arbeit fehlerhaft. Man wird dem entgegenhalten, daß eine solche Umschreibung eine Ueberspannung des Fehlerbegriffes bedeute. Soweit gefaßt werde es wohl überhaupt keine Gerichtshandlungen geben, die nicht fehlerhaft seien. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß der Fehlerbegriff aus dem Gesetz gewonnen ist; andernfalls bleibt auch das Rechtsmittelsystem unverständlich.

Rechtslage nicht herleitbar ist, aus ihr nicht gerechtfertigt erscheint.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. A. erhebt gegen B. Klage auf Herausgabe einer Sache und behauptet, er sei Eigentümer und B. Besitzer der Sache. In Wirklichkeit ist aber nicht B. sondern Y. Besitzer der Sache, und auch nicht A. sondern X. deren Eigentümer. B. erscheint nicht vor Gericht, noch läßt er sich ordnungsmäßig vertreten, so daß gegen ihn Versäumnisurteil nach Klageantrag ergeht.

Eine solche Entscheidung kann aus der außerprozessualen Rechtslage nicht hergeleitet werden und wird daher von uns als unrichtig bezeichnet. Wenn wir also eine Entscheidung als unrichtig bezeichnen, so besagt dies lediglich, daß die Entscheidung unrichtig ergangen ist. Es wird aber nichts darüber ausgesagt, ob die Entscheidung im Zeitpunkt der Prüfung auf ihre Richtigkeit mit der außerprozessualen Rechtslage übereinstimmt. Die Feststellung der Unrichtigkeit ist daher für uns immer nur ein logisches Urteil darüber, ob die Entscheidung aus der außerprozessualen Rechtslage gerechtfertigt ist, nicht aber über die Übereinstimmung der Entscheidung mit dieser.

Mit diesen Ausführungen ist nun aber das Ergebnis, das erst begründet werden soll, vorweg genommen worden.

2. Im Gegensatz zu dem Begriff der Fehlerhaftigkeit ist der Begriff der Unrichtigkeit öfters erörtert worden, ja sogar das Gesetz verwendet ihn, wenn auch teilweise in anderer Bedeutung.

In § 319 ZPO. wird von der Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten gesprochen. In § 68 ZPO. bestimmt das Gesetz, daß der Nebenintervenient mit dem Einwand der Unrichtigkeit der Entscheidung des Vorprozesses ausgeschlossen ist. In § 163 a Abs. 2 ZPO. ist bestimmt, daß der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung des Protokolls aus Kurzschrift in gewöhnliche Schrift unbeschränkt zulässig ist.

In diesen drei Fällen verwendet es jedoch den Begriff „unrichtig" lediglich in § 68 ZPO. In Übereinstimmung mit der von uns gegebenen Umschreibung.

In der Literatur ist zu dem Begriff mehrfach Stellung genommen worden.

3. Goldschmidt[45]) erwähnt lediglich den Begriff der Unrichtigkeit. Er geht davon aus, daß Entscheidungen, die er als Ergebnisse einer Denktätigkeit bezeichnet, insoweit richtig oder unrichtig sein können.

Unrichtig sei eine Entscheidung dann, wenn das darin für Recht erkannte nicht Recht sei. Jede Unrichtigkeit sei also im Ergebnis immer eine unrichtige Rechtsanwendung. Diese unrichtige Rechtsanwendung könne indessen auf zwei verschiedenen Fehlerquellen beruhen, und zwar auf Beobachtungs- und Subsumtionsfehler. Ferner könne die Unrichtigkeit in einer unrichtigen Einschätzung der Verwertbarkeit des Verfahrens, auf dem die Entscheidung beruht, oder in unrichtiger Beurteilung des Gegenstandes der Entscheidung bestehen.

An anderer Stelle[46]) erwähnt Goldschmidt richtige und unrichtige Urteile, ohne jedoch im einzelnen darzulegen, wann nun ein solches Urteil vorliegt.

Offenbar versteht Goldschmidt dort unter Richtigkeit die Übereinstimmung des Erkenntnisses mit der materiellen Rechtslage.

Pagenstecher[47]) erläutert den Begriff der Unrichtigkeit ausführlicher. Er sagt, man könne von unrichtigen Urteilen in einem doppelten Sinne sprechen:

1. stets dann, wenn das Urteil von der (abgesehen von Prozeß und Urteil bestehenden) außerprozessualen Rechtslage abweicht;

2. nur dann, wenn der Richter den Prozeß so, wie er ihm vorgelegen hat (vergleiche § 68 ZPO.), unrichtig entschieden hat. Ein auf Grund seines wirksamen Klageverzichtes gemäß § 306 ZPO. ergangenes Urteil ist nach Nr. 2 stets richtig, nach Nr. 1 dann unrichtig, wenn das Recht vor dem Verzicht bestand.

Bley[48]) erwähnt ebenfalls die Unrichtigkeit von Urteilen. Er unterscheidet zwischen materiell richtigen und unrichtigen Urteilen. Bei den materiell unrichtigen Urteilen betont er, daß die materielle Unrichtigkeit auf prozessualen

---

45) Zivilprozeßrecht. 1929. S. 111.

46) Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. 1910. S. 37 ff.

47) Rheinische Zeitschrift. Bd. 6. S. 497 Anm. 4.

48) Klagrecht und rechtliches Interesse. S. 55 f.

Vorschriften beruhen kann. Diese Urteile seien dann prozessual richtige Urteile.

Er hebt weiter hervor, daß man die unrichtigen Urteile im eigentlichen Sinne, bei denen entweder die tatsächliche Feststellung oder die Auslegung des Rechtssatzes oder die rechtliche Subsumtion fehlerhaft vollzogen ist, nicht einfach als bedeutungslos oder als Anomalie abtuen kann.

Kormann[49]) kennt ebenfalls den Begriff der Unrichtigkeit. Er behauptet jedoch, daß lediglich rechtshandlungsmäßige Verwaltungsakte unrichtig sein können. Nach seiner Einteilung stehen sie zwischen den rein tatsächlichen und den rechtsgeschäftlichen Akten. Zu ihnen gehören Mitteilungen, Beurkundungen und Entgegennahme von Erklärungen.

Die Unrichtigkeit sei eine den Rechtshandlungen eigentümliche Mangelhaftigkeit.

Er versteht unter Mangelhaftigkeit eines Geschäfts ganz allgemein jeden Verstoß gegen eine Vorschrift, der die Gültigkeit des Geschäfts irgendwie nachteilig beeinflußt. Er bezeichnet weiter als Gültigkeit die Fehlerlosigkeit, die sowohl die Gesetz- als die Zweckmäßigkeit umschließe. Den Gegensatz zur Mangelhaftigkeit bilde die bloße Ordnungswidrigkeit. Durch diese werde lediglich gegen eine Ordnungsvorschrift verstoßen, die nicht vorkommen soll, die aber, wenn sie doch vorgekommen ist, die Gültigkeit des Geschäfts in keinerlei Weise beeinträchtigt.

Nach seiner Auffassung gibt es überhaupt keine unrichtigen Urteile im Rechtssinne. (Urteil ist hier nicht als Urteil im Sinne der Zivilprozeßordnung aufzufassen.) Wenn man von unrichtigen Urteilen spreche, so vollziehe man damit nur eine logische Kennzeichnung. Juristisch habe man damit gar nichts gesagt, da logisch unrichtige Urteile ebenso mangelhaft wie fehlerlos sein können.

Rosenberg[50]) nennt eine Entscheidung dann unrichtig, wenn die darin ausgesprochene oder angeordnete Rechtsfolge der im Prozeß unterbreiteten nicht entspricht. Die Unrichtigkeit betreffe den Inhalt der Entscheidung, während die Fehlerhaftigkeit deren Zustandekommen betreffe.

---

49) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. S. 204 ff.

50) Lehrb. III. Aufl. S. 222.

Geib[51]) unterscheidet zwischen falschem und unrichtigem Urteil. Ersteres liege dann vor, wenn das Urteil den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche. Unrichtig sei es, wenn es mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimme.

Kuttner[52]) bezeichnet als unrichtige Entscheidung eine solche, welche mit der in Wirklichkeit bestehenden, wahren materiellen Rechtslage in Widerspruch stehe, oder bei der eine „Diskrepanz zwischen dem Urteilsinhalt und der historischen Wahrheit“[53]) vorliege.

Er hebt hervor, daß das geltende Recht in §§ 68 ZPO., 839 Abs. 2 und 3 BGB. und in §§ 580, 588 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. diesen Unrichtigkeitsbegriff ausdrücklich berücksichtige.

Streese[54]) nennt eine Entscheidung dann richtig, wenn sie den größten Näherungswert an die außerprozessuale Rechtslage darstellt.

Carl Schmitt[55]) sieht eine Entscheidung dann als richtig an, wenn sie ein anderer Richter (der gute Durchschnittsrichter) ebenso entschieden hätte.

In zum Teil ähnlicher Weise ist noch von anderen zu dem Problem der Unrichtigkeit Stellung genommen worden. Auf einige dieser Ansichten wird noch unten eingegangen werden.

4. All diesen verschiedenen Umschreibungen kann nicht beigestimmt werden.

Gegenüber Carl Schmitt — um mit diesem zu beginnen — ist zu sagen, daß das von ihm vorgeschlagene Kreterium der Bestimmtheit und der Bestimmbarkeit entbehrt und daher unbrauchbar ist.[56]) Abgesehen davon gelangt aber auch Schmitt zu dieser Umschreibung, ohne zu berücksichtigen, daß der Begriff der Unrichtigkeit, ebenso wie der der Fehlerhaftigkeit, nur als konträre Gegenteil zu dem der Fehlerlosigkeit zu denken ist und daher zu einer

51) S. 19 ff.

52) Nebenwirkungen. S. 186 ff.

53) Wach. ZZP. Bd. 32. S. 32

54) S. 20.

55) S. 71.

56) Ebenso Walsmann, Rheinische Zeitschrift V. S. 431 f. Gegen Schmitt auch Oertmann, DJZ. 1913, 817.

Umschreibung der In-Bezugsetzung auf einen Normenkomplex bedarf.

Letzteres ist auch Streese entgegen zu halten. Im übrigen krankt seine Definition daran, daß gerade in den Zweifelsfällen bei Ungewißheit der subjektiven Rechtslage der Näherungswert sich nicht eindeutig bestimmen läßt. Unter Umständen müßte Streese mehrere Entscheidungen als in seinem Sinne richtig bezeichnen, was aber dem Richtigkeitsbegriff widersprechen würde. Richtig kann immer nur eine Entscheidung sein. Der Fehler Streeses liegt vor allem darin, daß er nicht genug beachtet, daß wir nur über die Gerechtfertigung der Entscheidungen aus der außerprozessualen Rechtslage urteilen können, jedoch nicht mit absoluter Gewißheit aussagen können, ob die Entscheidung wirklich „richtig" ist. Die entzieht sich unserem Erkenntnisvermögen.

Gegenüber Pagenstecher und besonders Kuttner ist vor allem zu sagen, daß bei ihrer Umschreibung nicht scharf oder überhaupt nicht zum Ausdruck kommt, daß Richtigkeit niemals die Übereinstimmung mit der außerprozessualen Rechtslage bedeuten kann. Wäre dies der Fall, so könnte man vor allem bei Gestaltungsurteilen nicht von unrichtigen Urteilen sprechen. Die Geltung des Unrichtigkeitsbegriffes würde damit eine grundlose Einschränkung erfahren.

Rosenberg berücksichtigt mit seiner Definition lediglich den im Prozeß vorgetragenen Sachverhalt und stellt es nicht auf die außerprozessuale Rechtslage ab. Im Gegensatz hierzu prüfen wir, ob die Gerichtshandlung mit der zunächst problematischen außerprozessualen Rechtslage in Einklang steht. Der so umschriebene Begriff der Unrichtigkeit ist daher ebenso wie der Begriff der Fehlerhaftigkeit weiter als die entsprechenden Begriffe Rosenbergs.[57])

Es ist richtig, daß man den Fehlerbegriff und den Begriff der Unrichtigkeit auch so umschreiben kann, wie es Rosenberg tut. Nach unserer Auffassung sind die Begriffe Rosenbergs jedoch nicht der Fehlerbegriff bzw. der Begriff der Unrichtigkeit, den das Gesetz an vielen Stellen verwendet, was noch im einzelnen zu zeigen ist.

---

57) Vergl. hierzu auch oben, S. 21.

5. Bei der Bezeichnung der einzelnen Begriffe sind wir allerdings etwas willkürlich vorgegangen. An Stelle des Wortes „Fehlerhaftigkeit" hätte z. B. das Wort „Mangelhaftigkeit" Verwendung finden können. Mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch, der „fehlerhaft" zum Teil überaus farblos im Sinne von „nicht in Ordnung" verwendet, erschien es zweckmäßig, diesen Begriff als den weitesten und alles umumfassenden Begriff zu verwenden. Entscheidend war hierfür auch, daß in der Wissenschaft besonders durch das Werk Jellineks das Wort „fehlerhaft" als der weiteste und umfassendste Begriff eingeführt ist.

Ebenso hätte an Stelle des Wortes „unrichtig" das Wort „falsch" oder dergleichen Verwendung finden können, wie es auch tatsächlich vielfach geschieht. Auch hier war entscheidend für die Bezeichnung dieser Art von Fehlerhaftigkeit als „Unrichtigkeit", daß das „unrichtige" Urteil in der Prozeßrechtswissenschaft schon mehrfach behandelt worden ist, und daß auch im Sprachgebrauch dem Worte „unrichtig" die Bedeutung beigemessen wird, daß diese Entscheidung oder Handlung ihrem Inhalt nach unzutreffend ist, was ebenfalls bei den von uns als unrichtig bezeichneten Entscheidungen der Fall ist.

Es ergibt sich danach folgende Einteilung:

Der Oberbegriff ist der Begriff der Fehlerhaftigkeit. Er ist seiner Natur nach zwiespältig und setzt sich, weil er auf dem Doppelcharakter der Norm als prozessualer und materieller Norm aufbaut, aus zwei Unterbegriffen zusammen.

Die Fehlerhaftigkeit, soweit sie darauf beruht, daß die Entscheidung nicht in Einklang mit der materiellen Norm ergeht, haben wir als Unrichtigkeit bezeichnet. Denn dies ist im Ergebnis das gleiche, als wenn wir den Begriff unrichtig als die Nichtherleitbarkeit aus der außerprozessualen Rechtslage umschrieben haben.

Die Nichtübereinstimmung mit der prozessualen Norm, die für unsere Ausführungen weniger Bedeutung gewinnen wird, soll als Fehlerhaftigkeit im engeren Sinne oder als Mangelhaftigkeit bezeichnet werden. Auch diese Bezeichnung ergibt sich nicht mit logischer Notwendigkeit, sondern erscheint lediglich als zweckmäßig.

6. Durch die Annahme einer möglichen Unrichtigkeit im obigen Sinne ist aber schon zu der Streitfrage, ob Gerichtshandlungen vor allem die Urteile überhaupt unrichtig sein können, in bejahendem Sinne Stellung genommen worden.[58]) Diese Stellungnahme bedarf aber noch der Begründung.

Bülow[59]) vertritt vor allem die Meinung, daß bei rechtskräftigen Urteilen niemals von Unrichtigkeit gesprochen werden kann. Er geht davon aus, daß das Gesetz noch kein geltendes Recht sei, es sei nur ein Plan; nur der Entwurf einer zukünftigen erwünschten Rechtsordnung. Die richterliche Tätigkeit sei es, die das vom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden helfe. Es fehlt also bei Bülow überhaupt an einer abgeschlossenen außerprozessualen Rechtslage. Dementsprechend erklärt er,[60]) Entscheidungen, die prozeßordnungsgemäß ergehen, für absolut richtig, weil sein Maßstab für die Beurteilung der Richtigkeit eines rechtskräftigen Urteiles nur in der Übereinstimmung dieses mit der durch den Prozeß beeinflußten Rechtslage bestehen kann. Eine Entscheidung sei dann richtig, wenn der Richter gesetzmäßig bei der Urteilsfindung vorgegangen ist.

Diese Auffassung des Begriffs „richtig" erklärt sich aus der Auffassung Bülows vom Wesen des Prozesses als Schöpfung, Erfindung des objektiven Rechts nicht aber als Findung subjektiven Rechts. Sie ist, was Binder[61]) mit Recht betont, die Übertreibung des richtigen Gedankens, daß Gesetz und Urteil insofern wesensgleich sind, als in beiden der Wille der Volksgesamtheit wirksam sind, indem sie darauf gerichtet sind, dem einzelnen Fall „sein Recht" zu geben. Der Prozeß ist nicht nur Rechtsanwendungsverfahren, sondern auch Rechtsgestaltungsverfahren. Dieses besteht darin, daß das subjektive Recht nach dem

58) Das Eingehen auf diese Frage ist deshalb notwendig, weil die Gegner der hier vertretenen Auffassung zu dem abweichenden Ergebnis gelangen, indem sie die Zulässigkeit der hier geübten außerprozessualen Betrachtungsweise verneinen. Diese Frage ist aber von grundsätzlicher Bedeutung.

59) Gesetz und Richteramt. S. 8; ZZP. 31, 242 ff. Aehnlich die ihm Nahestehenden: Hold von Ferneck. Neuestens Wurzer, Nichturteil und nichtiges Urteil. S. 21 f.

60) Bülow, ZZP. 31, 242.

61) Rechtsphilosophie, S. 695, 696.

Urteil nicht mehr unter der Bedingung des Beweises steht, sondern unbestreitbar ist. Durch das Urteil wird es aus der Lage der Subsumierbarkeit in die Lage der Subsumiertheit gerückt. Diese Rechtsgestaltungstätigkeit des Gerichts liegt aber in der Sphäre des subjektiven Rechts, da sie sich in der Anwendung der Rechtsnorm auf den Tatbestand erschöpft. Der Auffassung Bülows kann daher nicht zugestimmt werden, womit auch ihre Folge, die Auffassung vom Begriff der Richtigkeit des Urteils hinfällig ist.

Andererseits hat Bülow, worauf auch Weismann[62]) hinweist, insofern Recht, als Urteile infolge der besonderen Grundsätze des Prozeßrechts, der Verhandlungsmaxime, dem zwei Parteiensystem und der Beweisvorschriften ergehen müssen, die, falls man überhaupt von einer außerprozessualen Rechtslage sprechen will, mit dieser nicht übereinstimmen, weil das maßgebliche Parteivorbringen der wahren Sachlage nicht entsprach, oder die Prozeßordnung die Wertung einer Tatsache dem Richter bindend vorschrieb. Es sei nur an das Versäumnisurteil und an § 463 ZPO. erinnert.

7. Mit der Ablehnung dieser Ansicht Bülows ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob überhaupt von richtigen und unrichtigen Entscheidungen in diesem Sinne gesprochen werden kann.

Grundlegend hierfür muß sein, ob objektiv die subjektiven Rechtsbeziehungen bestehen. Ist das nicht der Fall, dann kann auch nicht von Richtigkeit und Unrichtigkeit in unserem Sinne gesprochen werden, da diese Begriffe, sowie wir sie umschrieben haben, das Inbezugsetzen auf eine objektiv bestehende subjektive Rechtslage voraussetzen.

Die diesem entgegengesetzte Auffassung wird neuerdings namentlich von Sauer[63]) vertreten, der daraus grundlegende Folgerungen über das Wesen des Prozesses und die Natur der materiellen Rechtskraft zieht. Hier soll das Ergebnis der Auseinandersetzung mit Sauer vorausgenommen werden, die bei der Behandlung des Rechtskraftproblems und dem damit verbundenen Eingehen auf die Natur des Prozesses als Grundlage für die Auffassung vom

62) Lehrb. S. 68.

63) Grundlagen, S. 20 ff.

Wesen der Rechtskraft gegeben wird. Wir stehen auf dem Standpunkt, daß die objektive Rechtsordnung geschlossen ist und daß neben ihr aus ihr bedingt die subjektiven Rechtsverhältnisse der Rechtssubjekte und ihrer Rechtsbeziehungen zueinander und zu den Gegenständen ebenso objektiv bestehen,[64]) wenn auch als etwas transsubstantielles, wie die objektive Rechtsordnung. Von dieser Grundauffassung, aus der Annahme des objektiven Bestehens einer subjektiven sich aus der objektiven Rechtsordnung ergebenden Rechtslage, ist die Möglichkeit der Diskrepanz zwischen objektiver Rechtslage und der der Entscheidung zugrunde gelegten ohne weiteres gegeben. Eine andere Frage ist es, ob wir in der Lage sind (abgesehen von den aus der Eigenart des Zivilprozesses sich ergebenden Beschränkungen der Wahrheitserforschung) diese objektiv bestehende Rechtslage zu erkennen.

Das ist aber aus einer Reihe von Gründen ausgeschlossen. Die der Entscheidung zugrunde zu legenden regelmäßig in der Vergangenheit liegenden Tatbestände sind im allgemeinen nur aus Indizien erkennbar (Zeugenaussage usw.) was Sperl[65]) mit Recht hervorhebt. Aber auch wenn die Tatbestände direkt erkennbar sind (Augenschein), so liegt in der Person des Wahrnehmenden eine weitere Fehlerquelle.[66]) Aber auch weiterhin ist die Richtigkeit der Entscheidung nicht gesichert. Die geschriebene Rechtsordnung gibt öfters keine und gelegentlich mehrfache Antwort auf

---

64) Aehnlich: Hellwig, System, I, S. 718.

65) Unwahrheit im Urteil.

66) Es ist nicht zutreffend, wenn Jellinek (Fehlerhafte-Staatsakt S. 39) ausführt, daß sinnliche Wahrnehmungen überhaupt nicht fehlerhaft sein können. Fehlerhaft können nur die gedankliche Verarbeitung des sinnlich Wahrgenommenen, das Wahrnehmungsurteil sein. Er verkennt hierbei, daß auch die Wahrnehmung nur die subjektive Erkenntnis von etwas objektiv Bestehendem ist. Wenn er die sinnliche Wahrnehmung mit der Tätigkeit eines photographischen Apparates vergleicht, so gibt er hiermit zugleich den logischen Fehler an, der seiner Deduktion zugrunde liegt. In einer photographischen Platte kann ebenfalls eine fehlerhafte Stelle sein, die das objektiv bestehende überhaupt nicht oder unvollständig und verzerrt wiedergibt. Ebenso kann aber infolge körperlicher Gebrechen, z. B. Astigmatismus oder Farbenblindheit die sinnliche Wahrnehmung fehlerhaft sein. Sie ist allerdings für die wahrnehmende Person fehlerfrei, diese kann überhaupt nicht anders wahrnehmen, dafür aber der objektiven Sachlage gegenüber fehlerhaft, weil dieser nicht entsprechend.

die Frage, was rechtens ist.[67]) Damit bleibt auch die subjektive Rechtslage trotz Unstrittigkeit alles Tatsächlichen unter Umständen ungewiß.[68]) Diese Ungewißheit ist jedoch nur die Folge unseres mangelhaften Erkenntnisvermögens des Bestehenden. Sie liegt nicht im Wesen des Rechts begründet, das dann als etwas von Natur aus Ungewisses und Unvollständiges angesehen werden müßte. Diese Auffassung von der Ungewißheit der geschriebenen Rechtsordnung, die wir ablehnen, bildet den Kern der Ansicht Bülows von der Gestaltungsnatur des Urteils. Nach unserer Auffassung widerstrebt die Unvollständigkeit jedoch dem Wesen des Rechts, zu dessen Merkmalen die innere Geschlossenheit (als Ordnung!) gehört, die nicht mit der Mangelhaftigkeit unseres Erkenntnisvermögens verwechselt werden darf.

Die objektiv bestehende Rechtslage kann also von uns niemals mit absoluter Gewißheit ermittelt werden.[69]) Trotzdem erscheint es angebracht, von unrichtigen Gerichtshandlungen, insbesondere von unrichtigen Urteilen zu sprechen, da der Unrichtigkeitsbegriff die Grundlage des Rechtsmittelsystems bildet, denn die Anfechtung von Urteilen wegen Rechtsverletzung beruht, was Degenkolb richtig hervorhebt, auf dem Glauben an der Erkennbarkeit, nun aber nicht des objektiven Rechts, sondern des auf diesem beruhenden gleichfalls objektiv bestehenden subjektiven Rechts.[70]) Andererseits beruht das Institut der formellen Rechtskraft auf der Erkenntnis, daß es eine absolute Rechtsgewißheit nicht gibt, und daß aus der damit sich ergebenden Rechtsunsicherheit nur die formelle Autorität des Urteils hilft.[71])

8. Wiederum eine andere Frage ist es, ob die Unrichtigkeit bedeutungsvoll ist oder nicht. Wach[72]) hält es für völlig bedeutungslos, ob man bei einer späteren logischen Betrachtung feststellt, daß der Richter eine falsche Subsumtion vorgenommen hat, so daß nach dieser Betrachtung

---

67) Sauer, Lehrb. S. 240.
68) Siehe auch Degenkolb, Beiträge, S. 51.
69) Degenkolb, S. 53.
70) Degenkolb, S. 52.
71) Degenkolb, S. 53.
72) Rechtskraft, S. 65; ZZP. 32, 32.

sich nicht die im Urteil deklarierte, sondern eine andere Rechtslage ergeben haben würde. Er nennt es eine Trivialität, daß das urteilgemäße Recht das wirkliche, das aberkannte nicht das wirkliche Recht sei. Wach faßt also den Begriff der Unrichtigkeit noch etwas anders, da seinen Ausführungen der Gedanke einer Nichtübereinstimmung von außerprozessualer und der im Prozeß festgestellten Rechtslage vorschwebt, und er nun die außerprozessuale Rechtslage für völlig bedeutungslos hält.[73]) Darin ist allerdings Wach und ebenso Pagenstecher völlig Recht zu geben, wenn sie von einer Übereinstimmung der im Prozeß rechtskräftig festgestellten Rechtslage mit der außerprozessualen Rechtslage sprechen. Diese ist nach Eintritt der Rechtskraft vom Standpunkt einer materiell-rechtlichen Auffassung der materiellen Rechtskraft, die auch hier vertreten wird, die gleiche.

Damit ist aber nicht gesagt, worauf auch Schultz[74]) richtig hinweist, daß die Rechtslage durch das unrichtige Urteil nicht verändert werden kann. Beide, sowohl Wach wie auch Pagenstecher betonen aber die hierin liegende Gestaltungsfähigkeit des rechtskräftigen Urteiles infolge ihrer materiell-rechtlichen Auffassung vom Wesen der Rechtskraft.

Nur in diesem Sinne: unrichtig, d. h. auf Grund einer außerprozessualen Rechtslage ergangen, die zu einer anderen Entscheidung hätte führen müssen, wird aber der Begriff der Unrichtigkeit hier verstanden. Die Feststellung der Unrichtigkeit ist nur das logische Urteil darüber, daß die Gerichtshandlung auf Grund der außerprozessualen Rechtslage nicht hätte derart ergehen dürfen. Ein so gefaßter Unrichtigkeitsbegriff ist aber für die Erkenntnis der Natur einer

---

73) Aehnlich auch Pagenstecher: Rechtskraft, S. 328—396 ff. der ein den Vorschriften der ZPO. gemäß ergangenes Urteil immer auch für materiell richtig hält.

Anders Dalberg, S. 20 Anm. 10; Kuttner, Nebenwirkungen S. 186 ff, unter Hinweis auf §§ 68, 580, 588 Ziffer 3 ZPO.: § 839, Abs. 2 BGB; Geib, S. 19. Vergl. auch Degenkolb, Beiträge S. 28, S. 49 Anm. 1; Heim, S. 99.

74) S. 368.

Reihe von Rechtsinstituten des Prozeßrechts von hoher Bedeutung.[75])

9. Nach dieser Umschreibung der grundlegenden Begriffe ist es die nächste Aufgabe, darzustellen, in welcher Weise das Gesetz sich mit dem Problem der fehlerhaften Gerichtshandlung auseinandergesetzt hat und welche Wertungsgrundsätze sich hieraus erkennen lassen, sei es im Hinblick auf die Gerichtshandlungen oder die einzelnen Normwidrigkeiten. Dabei wird zu zeigen sein, daß der oben schon kurz umrissene Fehlerbegriff den gesamten Prozeßgesetzen zugrunde liegt und nur unter dessen Zugrundelegung sich die auf die Fehlerhaftigkeit beziehenden Erscheinungen befriedigend erklären lassen.

---

75) Richtig hebt Rosenberg die Bedeutung des Unrichtigkeitsbegriffes für das Rechtsmittelsystem hervor, wenn er ihn auch von seiner ausschließlich prozessualen Betrachtungsweise aus enger umschreibt.

II. Die Behandlung der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung durch das Gesetz.

A. Die einzelnen Fehler und Fehlergruppen, die das Gesetz erkennen läßt.

a) Die namhaft gemachten Fehler, deren Wirkung auf den Bestand einzelner Gerichtshandlungen das Gesetz ausdrücklich angibt.

Eine Anzahl von Normabweichungen erwähnt die Zivilprozeßordnung in § 551 Ziff. 1—7 ZPO. Die dort aufgeführten Fehler — nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder eines zu Recht abgelehnten Richters, Unzuständigkeit des Gerichts, mangelnde Vertretung einer Partei, Verletzung der Vorschriften über die mündliche Verhandlung, das Fehlen von Entscheidungsgründen — führen zur Aufhebung der Endurteile, die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassen sind, wenn eine Partei zulässig und ordnungsmäßig Revision gegen das Urteil einlegt (§§ 552, 553, 554, 546, 547 ZPO.). Das objektive Vorliegen eines Fehlers allein führt naturgemäß nicht zur Aufhebung des betreffenden Endurteils. Immer muß das Revisionsgericht diesen Fehler für vorliegend erachten. Auch das Revisionsgericht kann irren.

Weitere Fehler nennt die Zivilprozeßordnung in den §§ 579 und 580 ZPO. Die dort aufgeführten Normabweichungen, — die schon von den absoluten Revisionsgründen des § 551 ZPO. bekannte fehlerhafte Besetzung des Gerichts, die Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder abgelehnten Richters (jedoch gegenüber den absoluten Revisionsgründen mit Einschränkungen), die mangelhafte Vertretung einer Partei sowie eine Reihe schwerer sachlicher Fehler, — die Verletzung der Eidespflicht durch eine Partei, einen Zeugen oder einen Sachverständigen, sowie die Gründung des Urteils auf eine falsche Urkunde, das Vorliegen einer strafbaren Amtspflichtverletzung eines Richters, Erwirkung des Urteils durch eine strafbare Handlung, Aufhebung

eines Strafurteils, Auffindung eines rechtskräftigen Urteils oder einer Urkunde führen zu einer neuen mündlichen Verhandlung und damit zu einer neuen Entscheidung durch die ein schon formell rechtskräftiges Endurteil eine Nachprüfung erfährt, falls eine Partei ordnungsmäßig und zulässig eine hierauf gerichtete neue Klage erhebt (§§ 581, 582, 586, 587 ZPO.)

Eine andere Normabweichung ist in § 808 ZPO. erwähnt. Dort wird die Wirkung der Pfändung beweglicher Sachen durch den Gerichtsvollzieher als von der Anlegung von Siegeln bedingt bezeichnet. Eine solche Pfändung ist also völlig wirkungslos, absolut unwirksam, falls dieser Fehler besteht.

Andere Normwidrigkeiten sind in § 957 ZPO. angegeben. Die Anfechtungsklage gegen das keinem Rechtsmittel unterliegende Ausschlußurteil ist zugelassen, wenn ein Fall nicht vorlag, in dem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetz vorgeschriebene Bekanntmachung unterblieben ist, wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist, wenn ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter geurteilt hat, wenn ein Anspruch oder ein Recht trotz erfolgter Anmeldung gesetzwidrig im Urteil keine Berücksichtigung gefunden hat, oder die oben aufgeführten Fälle der Restitutionsklage § 580 Ziff. 1—5 vorliegen.

§ 973 ZPO. erweitert § 957 ZPO. dahin, daß schon die Unrichtigkeit der Todeserklärung oder die unrichtige Feststellung des Todes des Verschollenen die Aufhebungsklage gegen das Urteil, das eine Todeserklärung ausspricht, rechtfertigt.

Die in § 1041 ZPO. genannten Normwidrigkeiten, — dem Schiedsspruch lag kein gültiger Schiedsvertrag zugrunde, oder er beruhte sonst auf einem unzulässigen Verfahren, die Anordnung würde gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen, eine Partei war nicht ordnungsmäßig vertreten, es wurde ihr kein Gehör gewährt, der Schiedsspruch ist ohne Gründe ergangen und die auch schon in § 957 ZPO. genannten Fälle der Restitutionsklage — führen zur Aufhebung des Schiedsspruches, wenn eine Partei eine dahingehende Klage erhebt.

Schon diese Ausführungen zeigen, daß die einzelnen Normwidrigkeiten in ihrer Wirkung auf den Bestand der verschiedenen Gerichtshandlungen verschieden sind.

In der verschiedenen Behandlung zeigt sich die Wertung der Normwidrigkeiten und die Wertung der Gerichtshandlungen.

Die bisher genannten Fehler zerfallen in solche, die bei jeder Gerichtshandlung vorkommen können, z. B. § 551 Ziff. 1 ZPO. fehlerhafte Besetzung des Gerichts, in andere, die infolge der verschiedenen Normbeschaffenheit der Gerichtshandlungen nur bei einigen, deren Norm insofern einander gleicht, vorkommen können, z. B. Verletzung der Vorschriften über die mündliche Verhandlung oder das Fehlen von Entscheidungsgründen, schließlich in solche, die nur bei einer Gerichtshandlung auftreten können infolge der eigenartigen Normbeschaffenheit, z. B. das Anlegen von Siegeln bei der Pfändung.

b) Die Fehlergruppen, die das Gesetz aufführt.

Nur die Wirkung dieser Fehler auf den Bestand der angeführten Gerichtshandlungen hat das Gesetz ausdrücklich angegeben. Andere Fehler sind in Fehlergruppen zusammengefaßt und deren Wirkung ausdrücklich angegeben.[1])

Den Hauptfall dieser Fehlergruppen bildet die Rechtsverletzung, die wir bei der Revision und bei der Rechtsbeschwerde nach § 41 des M. Sch. G. wiederfinden. Die „Mängel des Verfahrens", die eine Unterart der Rechtsverletzung sind, erwähnt die Prozeßordnung besonders in den §§ 295, 530, 539, 558, 564. Eine andere Fehlergruppe enthält auch der § 766 ZPO.: Einwendungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffen.

---

1) Die Abgrenzung: „Fehler" von „Fehlergruppen" ist naturgemäß insofern schief, als auch die „Fehler" nicht einen einzelnen Fall einer Normabweichung darstellen, sondern gleichfalls nur Zusammenfassung einer Reihe möglicher Normabweichungen bilden. Diese Abgrenzung erscheint jedoch deshalb zweckmäßig, weil jeder ausdrücklich erwähnte Fehler regelmäßig einen kleineren Kreis von Normabweichungen umschließt, als eine Fehlergruppe, und beide Zusammenfassungen sich unschwer aus dem Gesetz ergeben.

c) Andere erkennbare Fehlermöglichkeiten.

Schließlich erwähnt das Gesetz noch zahlreiche Fehler, ohne deren Wirkung auf den Bestand der Gerichtshandlung ausdrücklich anzugeben. Sie sind jedoch oft nicht mehr positiv aus den gesetzlichen Bestimmungen zu ersehen, sondern nur negativ, vor allem daraus, daß das Gesetz angibt, welche Formen bei dem Erlaß einer Entscheidung zu beachten sind. An erster Stelle sind die im Gesetz am genauesten geregelten Formerfordernisse des Urteils zu nennen die vor allem der § 313 ZPO. enthält. Andere einzeln aufgeführte Formbestimmungen enthält z. B. der § 37 ZVG. hinsichtlich des Beschlusses, der die Anordnung der Zwangsversteigerung enthält.

Gleichfalls hierher gehören die in § 155 GVG. enthaltenen Bestimmungen über den Ausschluß des Gerichtsvollziehers von der Vornahme in seine Amtstätigkeit fallender Handlungen.

B. Die weitere Berücksichtigung von Fehlern im Gesetz.

a) Berücksichtigung durch Einführung der Rechtsbehelfe.

Das Gesetz berücksichtigt ferner Normabweichungen indirekt dadurch, daß es eine Reihe von Gerichtshandlungen durch bestimmte Rechtsbehelfe für anfechtbar erklärt. Denn erfährt die Gerichtshandlung auf Grund der Anfechtung eine Änderung, wird sie aufgehoben oder abgeändert, so können nicht beide Gerichtshandlungen mit der Norm übereinstimmen, also fehlerfrei sein.[2])

Der Sinn eines Rechtsmittels liegt also darin, durch die Anfechtung die Nachprüfung der Gerichtshandlung zu ermöglichen, damit die Entscheidung, falls sie fehlerhaft ist, eine Änderung erfährt.

---

2) Diese Behauptung ist insofern nicht ganz zutreffend, als auch Umstände, die erst nach Erlaß der Entscheidung eingetreten sind, im allgemeinen gleichfalls zur Aenderung der Gerichtshandlungen führen können. Die Berücksichtigung dieser neu eintretenden Tatsachen dient damit nicht der Beseitigung der Fehlerhaftigkeit der Gerichtshandlung, sondern verhindert das Fehlerhaftwerden der neuen Entscheidung. Diese Fälle verdienen also eine gesonderte Behandlung.

b) Berücksichtigung in anderer Weise.

Das Gesetz berücksichtigt die Fehlerhaftigkeit weiter dadurch, daß eine Reihe von Gerichtshandlungen ausdrücklich für unabänderbar, andere für unanfechtbar, wieder andere für bindend erklärt werden. Auch dies kann nur den Sinn haben, daß die Gerichtshandlung, gleichgültig, ob sie fehlerhaft ist oder nicht, in dem genannten Umfange Bestand haben soll.

Andererseits werden einige Gerichtshandlungen ausdrücklich für von Amts wegen änderbar, für widerruflich und für nicht bindend erklärt.

c) Scheidung von Anfechtbarkeit, Änderbarkeit, Fehlerhaftigkeit und Änderung.

An dieser Stelle erscheint es notwendig, darauf hinzuweisen, daß zwischen Anfechtbarkeit, Änderbarkeit, Fehlerhaftigkeit und Änderung (Aufhebung und Abänderung) der Gerichtshandlung scharf zu scheiden ist. Diese Begriffe betreffen etwas völlig Verschiedenes.

Wann eine Gerichtshandlung fehlerhaft ist, ist schon ausgeführt worden. Die Fehlerhaftigkeit ist eine Normabweichung. Die Änderung einer Gerichtshandlung ist eine der verschiedenen möglichen Wirkungen der Fehlerhaftigkeit, die Anfechtung ein durch das Gesetz gegebenes Mittel zur Beseitigung der Fehlerhaftigkeit vermittels einer Änderung der Gerichtshandlung.[3]) Die Änderbarkeit einer Gerichtshandlung besteht dann, wenn diese, sei es infolge einer Anfechtung oder auch ohne diese von Amts wegen eine Änderung erfahren kann, die wiederum entweder Aufhebung oder Abänderung sein kann.

Änderbarkeit (vor allem Anfechtbarkeit) und Fehlerhaftigkeit bestehen unabhängig voneinander. Die anfechtbare Gerichtshandlung ist durch das Gesetz ausdrücklich zu

3) Kisch, LZ. 1923, Sp. 628 bezeichnet als Anfechtbarkeit die prozessuale Lage, kraft deren die Partei im Wege eines besonderen Rechtsbehelfes die formelle Aufhebung des Urteils herbeiführen kann. Wir fassen den Begriff weiter, und beziehen sie nicht nur auf Urteile. Wir sehen die Anfechtbarkeit darüber hinausgehend auch als Eigenschaft einer Gerichtshandlung an, die vor allem durch Zeitablauf verloren gehen kann.

einer solchen erklärt worden. Sie kann indes völlig fehlerfrei sein. Trotz allem bleibt sie anfechtbar und muß auf Antrag einer Partei, der Anfechtungshandlung, nachgeprüft werden. Sie wird, falls sie fehlerfrei ist, als Folge der Anfechtung naturgemäß keine Änderung erfahren, außer wenn 1. ihre Fehlerhaftigkeit derart ist, daß sie für eine Abänderung keine Bedeutung gewinnt, 2. wenn die zweite insofern ändernde Gerichtshandlung fehlerhaft ist, und 3. wenn neue Tatsachen eintreten, die Berücksichtigung erfahren müssen, und die die Gerichtshandlung in diesem Zeitpunkt als fehlerhaft erscheinen lassen würden.[4]) Die Änderbarkeit, vor allem die Anfechtbarkeit ist gleichsam ein Sicherheitsventil zur Änderung fehlerhafter Gerichtshandlungen und ein Mittel, um die Wirkung der Fehlerhaftigkeit, die Änderung herbeizuführen.

Die scharfe Scheidung zwischen Anfechtbarkeit und Fehlerhaftigkeit zeigt auch der Sprachgebrauch des Gesetzes bei der Formulierung von Rechtsmittelentscheidungen. Ist eine Entscheidung unanfechtbar oder nur in bestimmter Weise anfechtbar und ist von einer Partei in nicht zulässiger Weise ein Rechtsbehelf gegen die Entscheidung eingelegt und hierdurch die Änderung der Entscheidung beantragt, so ist der Rechtsbehelf als unzulässig zu verwerfen. Damit wird lediglich gesagt, daß diese Anfechtungshandlung nicht mehr zur Nachprüfung der Gerichtshandlung führen darf, daß trotz Einlegung dieses Rechtsbehelfes die Entscheidung in ihrem Bestande nicht berührt wird. Die tatsächliche Anfechtungsmöglichkeit bestand, aber nicht die formelle Anfechtbarkeit, um mit Kisch[5]) zu sprechen.

Wird jedoch der Rechtsbehelf als unbegründet zurückgewiesen, so hat zwar bei dessen Einlegung die Anfechtbarkeit der Entscheidung bestanden, jedoch war dem zulässigen Antrage der Partei der Erfolg zu versagen, weil kein Fehler vorlag, der hätte zu einer Änderung führen können.

---

4) Von der Anfechtbarkeit der Entscheidung ist, was auch Kisch (Sp. 630) hervorhebt, die tatsächliche Anfechtungsmöglichkeit zu scheiden, die deshalb besteht, weil man die Parteien nicht hindern kann, etwas zu tun, was rechtlich unstatthaft ist.

5) Sp. 630. Führt die Anfechtung zur Aenderung der Entscheidung, so nennt Kisch die Entscheidung materiell anfechtbar. Er versteht also unter materiell anfechtbar einen Teil unseres Fehlerbegriffes, der jeweils verschieden ist.

C. Die einzelnen Anfechtungsmittel.

1. Als Anfechtungsmittel gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile nennt das Gesetz die Berufung (§ 511 ZPO.), die auf die appellatio des gemeinen Rechts zurückgeht. Der Nachprüfung unterliegen auch die dem Endurteil vorausgegangenen Entscheidungen, sofern sie nicht unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind (§ 512 ZPO.). Sie ist ein umfassendes Rechtsmittel, führt zur Erneuerung des Rechtsstreites, zu einem novum iudicium das den Prozeß nach der sich nunmehr ergebenden Sach- und Rechtslage von neuem entscheidet.[6]) Ziel der Berufung ist also letzten Endes, die Unrichtigkeit der Entscheidung zu beheben, oder deren Eintritt zu verhindern.

2. Die Revision ist gegen die in zweiter Instanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteilen gegeben (§ 545 ZPO.). (Einschränkung in § 545 Abs. ZPO.) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 549 Abs. 2 ZPO.).[7]) Sie bezweckt allein eine Nachprüfung der Urteile in rechtlicher Hinsicht; neue Tatsachen finden keine Berüchsichtigung (§ 561 Abs. 2 ZPO.). Die Rechtsverletzung kann in einer fehlerhaften Subsumtion des rechtlichen Untersatzes und in einer Verletzung der Verfahrensvorschriften bestehen. Die Kausalität der Rechtsverletzung für die Entscheidung ist für die in § 551 ZPO. aufgezählten, schon oben genannten Fehler unwiderleglich vermutet. Die Revision führt im Gegensatz zur Berufung regelmäßig zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreites in die frühere Instanz, ausnahmsweise § 565 Abs. 3 ZPO., jedoch zu einer selbständigen Entscheidung des Revisionsgerichts, falls der Rechtsstreit spruchreif ist, und die Revision begründet erscheint.

Die Revision hat ihr Vorbild in der Kassation des französischen Rechtes und der Nichtigkeitsbeschwerde des polnischen Rechts.

---

6) § 529 ZPO. Die Parteien können neue (auch neu eingetretene) Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen. Der Sachverhalt kann also eine Ergänzung erfahren.

7) Eingeschränkt durch § 549 Abs. 1. ZPO. und Art. I des Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts vom 21. Dezember 1925.

3. Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist durch § 578 ZPO. gegen alle rechtskräftigen Endurteile gegeben. Sie ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf. In den §§ 579, 580 ZPO. sind die Normwidrigkeiten erschöpfend aufgeführt, auf die die Wiederaufnahme gestützt werden kann. Obwohl materiell ein Rechtsbehelf, ist sie in Form einer neuen Klage zu beantragen. Die Klage führt an sich zunächst zur Wiederaufnahmeverhandlung und dann erst zur wiederaufgenommenen Verhandlung. Beide sind jedoch in der Regel miteinander verbunden. Die Wiederaufnahme ist in doppelter Form, durch Restitutions- oder durch Nichtigkeitsklage gegeben. Der Unterschied beider Klagen besteht lediglich darin, daß die Nichtigkeitsklage auf schwere Verfahrensmängel, die Restitutionsklage dagegen auf grobe sachliche Normwidrigkeiten zu stützen ist. Bei Konkurrenz beider Klagen geht die Nichtigkeitsklage vor. (§ 578 Abs. 2 ZPO.) Die Nichtigkeitsklage geht zurück auf die querela nullitatis insanabilis des gemeinen Rechtes, die Restitutionsklage auf die in integrum restitutio contra rem judicatam, die auf die römische Behandlung der Gültigkeitsmängel zurückzuführen ist. Sie sollten der im gemeinen Recht bestehenden Verewigung der Prozesse infolge der zahlreichen Nullitätquerelen entgegenwirken.[8])

4. Die Beschwerde ist gegen alle eine vormündliche Verhandlung nicht erfordernden Entscheidungen gegeben, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 ZPO., eingeschränkt durch Abs. 3 ebendort). Darüber hinaus ist sie gegen eine Reihe anderer Entscheidungen ausdrücklich zugelassen. §§ 127, 252, 380, 390, 409, 411 ZPO. 95 ZVG., 174, 181 GVG., früher auch § 7 Abs. 5 EG. ZPO. Sie führt zu einer vollkommen neuen Aufrollung der durch die angefochtene Entscheidung zunächst erledigten Streitfrage. Sie ist, wie die Berufung, eine neue Entscheidung und kann gleichfalls auf neue Tatsachen gestützt werden.[9]) (§ 570 ZPO.) Sie führt zur Nachprüfung der alten Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht und kann zur Änderung oder Aufhebung der ersten Entscheidung führen. Sie geht zurück auf die

8) Wurzer. Nichturteil und nichtiges Urteil S. 16 f.

9) RGZ. 60, 182.

querela simplex und die Zwischenappelation des gemeinen Rechts und ist eine vereinfachte Berufung.

Eine Abart der einfachen Beschwerde ist die sofortige Beschwerde, die im Gegensatz zu dieser an eine Frist gebunden ist, und der auch von dem erkennenden Gericht nicht abgeholfen werden kann (§ 577 ZPO.). Sie ist in einschneidenden Fällen gegeben. Gegen einige Urteile (§§ 71, 99 Abs. 3; 135 Abs. 3; 387 ZPO., gegen zahlreiche Beschlüsse (§§ 46, 102 Abs. 3; 104 Abs. 3; 109 Abs. 4; 252; 319, 336, 406, Abs. 5; 519 b Abs. 2; 656 Abs. 2; 663, 665, 678, 793, 934, 952, 1022, 1045 ZPO. §§ 96 ZVG.; 73, 109, 189, 230 KO.; usw.)

Eine andere Unterart der Beschwerde ist die Rechtsbeschwerde. Sie kann im Gegensatz zu der gewöhnlichen und sofortigen Beschwerde nur zur Nachprüfung der Entscheidung in rechtlicher Hinsicht, gleich der Revision, führen. Sie tritt nicht in dem ordentlichen Verfahren auf (aber z. B. in § 41 M. Sch. G.).

Weitere Beschwerde ist nur dann gegeben, wenn gegenüber der zweiten Entscheidung ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliegt (§ 568 Abs. 2 ZPO.).

Nicht hierher gehört § 160 GVG. Die Beschwerde wegen verweigerter Rechtshilfe gehört in die Justizverwaltung.

5. Der Einspruch ist gegen das Versäumnisurteil (§ 338 ZPO.) und den Vollstreckungsbefehl (§ 700 ZPO.) zugelassen. Er ist nach dem Sprachgebrauch der Prozeßordnung kein Rechtsmittel. Er führt zur Zurückversetzung des Rechtsstreits in die Lage, in der sich der Prozeß vor der Säumnis befand.

6. Die Prozeßgesetze kennen ferner den Rechtsbehelf des Widerspruchs. Jedoch wird mit Widerspruch nicht immer etwas Gleiches bezeichnet.

Nach §§ 861, 862 ZPO. erfolgt die Geltendmachung des Widerspruchs in den Formen der Erinnerung nach § 766 ZPO. Widerspruch bedeutet dort also nur ganz allgemein einen Rechtsbehelf, sagt aber nicht über dessen eigene Natur und Form aus. Die gleiche Bedeutung kommt dem Wort Widerspruch in §§ 772, 773 ZPO. zu, ebenso in

§ 777 ZPO. Der Widerspruch findet jedoch dort in den Formen des §771 ZPO. statt.

In § 900 Abs. 3 ZPO. dient er zur Prüfung der Zulässigkeit der Abnahme des Offenbarungseides. Er entspricht also § 766 ZPO., nur ist § 766 ZPO. erst nach der Pfändung gegeben, § 900 Abs. 3 aber schon vor der Abnahme des Eides, der Gerichtshandlung.

In § 876 ZPO., § 115 ZVG. verhindert er die Ausführung des Verteilungsplans für einen Monat. Der Verteilungsplan kann nur durch ein von dem Prozeßgericht zu erlassendes Urteil abgeändert werden, das den Widerspruch für begründet erklärt.

In § 70 ZVG. verhindert der Widerspruch den Eintritt einer gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen einer Rechtshandlung. Anders in § 72 ZVG. Dort verhindert er die Wirkung der Zulassung eines Übergebotes und der Zurückweisung eines Gebotes, das Erlöschen eines Gebots. Er ist also in § 72 ZVG. ein Rechtsbehelf, in § 70 nur das Mittel, damit sich der Widersprechende das Beschwerderecht gegen die Erteilung des Zuschlags bewahrt.

In § 177 KO. wird ein rechtlich bedeutsamer Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwertung der Masse ausgeschlossen.

Durch § 203 KO. wird ein Widerspruch eines Gläubigers gegen die Einstellung des Konkursverfahrens für zulässig erklärt.

Von all diesen von dem Gesetz als Widerspruch bezeichneten Fällen, kommen für uns nur der Widerspruch in den §§ 694, 876, 900 Abs. 3, 924 ZPO., § 203 KO., 72, 115 ZVG. in Betracht, da er sich nur dort gegen das Wirksamwerden einer Entscheidung richtet.

Der Rechtsbehelf des Widerspruchs ist wie der Einspruch kein Rechtsmittel im technischen Sinne, da ihm kein Devolutiveffekt zukommt. Er kann zur Aufhebung oder Änderung der alten Entscheidung durch die neu ergehende führen.

7. Der Rechtsbehelf der Erinnerung ist durch §§ 104 Abs. 3, 766, 861, 862 sowie durch § 107 ZPO. zugelassen. Die Erinnerung führt zur Nachprüfung der Entscheidung durch ein höheres Organ desselben erkennenden Gerichts regelmäßig durch den Richter, jedoch kann ihr durch das

untere Organ abgeholfen werden. Sie wendet sich gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse und Pfändungen und führt zur Aufhebung oder Änderung der Entscheidung. §§ 107 ZPO. und 144 ZVG. lassen die Erinnerung auch dann zu, wenn der Sachverhalt erst später eine Änderung erfahren hat. Insofern entspricht die Erinnerung der Änderungsklage des § 323 ZPO.

8. Eine Reihe von Klagen wenden sich gegen Gerichtshandlungen. So die Klagen aus §§ 323, 328, 679, 686, 767, 768, 769, 785, 771—774, 876, 957, 973, 1041 und 1044 ZPO., 144 ZVG. Sie sind jedoch nicht einheitlich. Die Klagen aus §§ 679, 686 ZPO. bezwecken die Wiederaufhebung der Entmündigung, das heißt die Wiederaufhebung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses. Mit dieser Wiederaufhebung treten die dem Entmündigungsbeschluß innewohnenden Gestaltungswirkungen in umgekehrter Richtung ein. Sie sind also Gestaltungsklagen.

Die Vollstreckungsgegenklage § 767 (768, 769, 785) ZPO. wendet sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel, der fehlerfrei ergangen ist, bei dem aber nachträglich Umstände eingetreten sind, welche die Vollstreckung nunmehr als ausgeschlossen erscheinen lassen. Insofern ist § 767 ZPO. ein Vorbeugungs- und Wiedergutmachungsmittel gegenüber fehlerhaften Vollstreckungshandlungen. Ihrem Wesen nach steht sie der Änderungsklage dem § 323 ZPO. nahe.[10])

§ 771 (774) ZPO. enthält die Widerspruchsklage. Sie wendet sich gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und bezweckt deren Aufhebung, wenn die Zwangsvollstreckung aus der außerprozessualen Rechtslage nicht gerechtfertigt ist.

§ 957 ZPO. gewährt eine Klage gegen das keinem Rechtsmittel unterliegende (§ 957 Abs. 1) Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren zu.

Auch § 957 enthält eine Gestaltungsklage. § 1044 ZPO. gewährt eine Klage zur Aufhebung eines Schiedsspruches unter den Voraussetzungen von § 1041 ZPO.

Diese Klage wendet sich also nicht gegen eine Gerichtshandlung im engeren Sinne, sondern gegen das Er-

10) Vergl. hierzu Fischer, Lehrb. S. 236

kenntnis eines Schiedsgerichtes, das wir nicht als Gericht bezeichnet hatten.

Eine reine Änderungsklage enthält § 159 ZVG. Jeder Beteiligte (§ 10 ZVG.) kann eine Änderung des Teilungsplans im Wege der Klage erwirken, auch wenn er Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben hat. Jedoch kann eine den Plan entsprechende Zahlung nicht auf Grund einer späteren Änderung des Plans zurückgefordert werden.

Desgleichen enthält § 323 ZPO. eine Klage, die eine Änderung eines rechtskräftigen Urteiles zum Ziele hat. Das Bemerkenswerte bei dieser Klage ist, daß sie sich, ähnlich § 767 ZPO. und unter Umständen der Erinnerung § 107 ZPO. und 144 ZVG. gegen ein Erkenntnis wendet, das im Zeitpunkt seines Ergehens völlig fehlerfrei gewesen sein kann. Durch Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, welche die Urteilsgrundlage bilden, erscheint dieses Urteil nunmehr als unbillig. Wäre es im Zeitpunkt der Betrachtung ergangen, so müßte es als unrichtig angesehen werden. § 323 ZPO.

Nicht hierher gehört die Nichtigkeitsklage des § 631 und des § 640 ZPO. Beide Klagen wenden sich nicht gegen eine fehlerhafte Gerichtshandlung sondern bezwecken die authentische Deklaration und damit die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse.

Das gleiche gilt für die Anfechtungsklage gemäß § 641, ZPO. Diese Klage, wie auch andere, nicht in der ZPO. enthaltene, haben nur die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse zum Gegenstand und bezwecken nicht Aufhebung oder Abänderung einer Gerichtshandlung.

9. Das gleiche gilt für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die durch §§ 233 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO., 165 KO. gegen die Versäumung einer Notfrist durch eine Partei zugelassen ist. Die Wiedereinsetzung wendet sich nicht unmittelbar gegen eine Gerichtshandlung, sondern bezweckt lediglich eine an die Fristversäumnis von Anfechtungsmitteln geknüpfte Rechtsfolge, das Unanfechtbarwerden von Entscheidungen, zu verhindern oder richtiger, die Unanfechtbarkeit zu beseitigen. Sie gibt also nur der Partei die Möglichkeit, die Entscheidung trotz Fristversäumnis anzufechten.

10. Die Einsprache, die durch § 37 GVG. gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Urliste der Schöffen wie

auch die Beschwerde im Aufsichtsverfahren nach § 55 GVG. und die Beschwerde nach der StPO. in § 56 GVG. gehören gleichfalls nicht hierher, da sie nur gegen Anordnungen der Gerichte in Justizverwaltungssachen und nicht im Prozeß zulässig sind.

D. Die einzelnen Fälle, in denen das Gesetz sonst die Fehlerhaftigkeit berücksichtigt.

1. Durch die §§ 7 Absatz 2 GVG., 37, 46, 127, 157 Absatz 3, 174, 177, 225 Absatz 3, 227 Absatz 2, 270, 499 b, 319 Absatz 3, 320, 336 Absatz 2, 406 Absatz 5, 490 Abs. 2, 499 Abs. 1, 534, 707 Abs. 2, 718 Abs. 2, 957 ZPO. sind eine Reihe von Entscheidungen für unanfechtbar erklärt worden. Außer den ausdrücklich für unanfechtbar erklärten Entscheidungen sind alle die Gerichtshandlungen ohne weiteres unanfechtbar, gegen die keine Rechtsbehelfe gegeben sind, gleichgültig aus welchen Gründen. Vor allem sind hier zu nennen die rechtskräftigen Urteile, jedoch mit der Einschränkung, daß gegen sie die Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist, und die übrigen der formellen Rechtskraft fähigen Gerichtshandlungen.

2. Andere Bestimmungen schließen ausdrücklich irgendwelche Anfechtungsgründe aus. (§§ 10, 549, 566 a ZPO.)

Sonstige Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit finden sich auch in §§ 99 Abs. 1, 545 Abs. 2, 567 Abs. 3, 568 Abs. 2 und 3 ZPO.

3. Andere Entscheidungen, z. B. in §§ 7 Abs. 3 GVG., 11, 276, 499 d, 506, 697, 318, 508, 548, 700 ZPO. sind für bindend erklärt worden. Eine Bestimmung über die Bindung von Entscheidungen findet sich auch in § 14 Ziff. 1 GVG., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter aufgehoben sind.

4. Andere Bestimmungen enthalten das Gegenteil. Durch § 52 KO. wird der Widerruf einer Entscheidung ausdrücklich zugelassen. § 79 ZVG. erklärt das Gericht an sein vorhergehendes Erkenntnis nicht gebunden.

5. Eine Änderungsbefugnis ist auch durch § 319 Abs. 1, 320 Abs. 1, 150, 321 Abs. 1, 360, 469, 599, 716 ZPO. ausdrücklich gegeben. Jedoch ist in §§ 320 Abs. 1, 321 Abs. 2, ZPO. eine Änderung nur zugelassen, wenn eine Partei dies beantragt, im übrigen sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag, bei § 360 ZPO. jedoch von Amts wegen nur insoweit, als es sich um die Berichtigung und Ergänzung der angegebenen Beweistatsachen oder um die Vernehmung anderer als der angegebenen Zeugen und Sachverständigen handelt. Die Änderung von Amts wegen ist also in diesen Fällen nur dann zugelassen, wenn es sich um offenbare Unrichtigkeiten oder rein prozeßleitende Anordnungen handelt.

6. Eine Änderungspflicht ist durch § 381 ZPO. aufgestellt. Der ausgebliebene Zeuge ist zunächst in Strafe und Kosten zu verurteilen oder seine zwangsweise Vorführung anzuordnen. Erfolgt nachträglich eine genügende Entschuldigung, war also das Ausbleiben des Zeugen infolge einer Pflichtenkollision gerechtfertigt oder entschuldbar, so ist die sich nunmehr als unrichtig erweisende Maßnahme aufzuheben.

E. Ermöglichung der Fehlerhaftigkeit durch das Gesetz.

1. Das Gesetz ermöglicht eine Fehlerhaftigkeit der Gerichtshandlungen dadurch, daß es Gerichtshandlungen an einen Tatbestand anknüpft, der mit der materiellen Norm nicht übereinzustimmen braucht. Das klarste Beispiel hierfür bietet § 808 ZPO. Jedoch auch andere Gerichtshandlungen, vor allem der Pfändungsbeschluß gemäß § 829 ZPO. die einstweilige Verfügung, § 936, § 920 ZPO., die Anordnung eines Arrestes, §§ 916, 920 ZPO. können schon dann ergehen, wenn allein der Antragsteller gehört ist. Im Falle des § 829 ZPO. hat der Antragsteller die zu pfändende Forderung zu bezeichnen, ob sie tatsächlich besteht, bleibt zunächst ungewiß. Arrest und einstweilige Verfügung können schon dann ergehen, wenn der Antragsteller seinen Anspruch und die Gründe für den Erlaß der Anordnung glaubhauft gemacht hat. Die Gewähr für das Bestehen des Anspruchs und der Zulässigkeitsgründe ist damit nur in bescheidenem Maße gegeben.

2. Besonders wird die Fehlerhaftigkeit aber dadurch ermöglicht, daß dem Richter grundsätzlich nicht zur Aufgabe

gemacht ist, die materielle Wahrheit zu erforschen,[11]) sondern die Verhandlungsmaxime dem Prozeß zugrunde legt. Es ist Aufgabe der Parteien, den für die Entscheidung erforderlichen Sachverhalt vorzubringen und ihn zu beweisen oder glaubhaft zu machen. Daraus ergibt sich aber, „daß die Urteilsgrundlage nicht verbürgt ist" und aus dem Zweiparteienverhältnis folgt „die Verteilung der Beweislast und der Beweise mit allen ihren hochwichtigen, die Feststellung des wahren Sachverhaltes ausschließenden Eigentümlichkeiten".[12])

Der Sachverhalt, der der Subsumtion zugrunde gelegt wird, wird daher nur selten mit dem rechtlich zu wertenden historischen Ereignis übereinstimmen. Diese Grundsätze gelten für alle Entscheidungen, nur daß das Gesetz oft schwächere Anforderungen an die Partei stellt, als beim Urteil. Unter Umständen kann eine Entscheidung schon dann getroffen werden, wenn der Sachverhalt schon glaubhaft gemacht worden ist.

Die Fehlerhaftigkeit wird auch dadurch begünstigt, daß der heutige Prozeß auch nicht der Beweisregeln entbehrt. Einige Beweismittel erbringen vollen Beweis (§ 463 ZPO.), gegen andere ist der Gegenbeweis beliebig in vollem Umfange zugelassen, gegen Dritte nur in bestimmten Schranken.

3. Darüber hinaus wird die Fehlerhaftigkeit einer Entscheidung dadurch begünstigt, daß die Parteien in zahlreichen Fällen mit einem Parteivorbringen ausgeschlossen werden können. Der Ausschluß eines Parteivorbringens besteht immer dann, wenn eine Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist. Darüber hinaus ist ein solcher Ausschluß noch in den §§ 356, 364, 528 (eingeschränkt in § 626), 529 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5, 372, 616 ZPO. ausdrücklich angeordnet. Die Folgen des Ausschlusses des Parteivorbringens in den genannten Paragraphen auf den sachlichen Umfang der Rechtskraft einer Entscheidung ist nicht ohne weiteres klar. Deutlich zeigt aber § 616 ZPO., daß für die Scheidungsklage der Umfang der Rechtskraft gegen-

11) Auch dann könnte die Gerichtshandlung noch fehlerhaft sein, weil ja die Mittel, die uns zur Erkenntnis der Wahrheit zur Verfügung stehen, beschränkt und für ihre Erforschung von oft zweifelhaftem Wert sind.

12) Fischer, Lehrbuch, S. 151/152.

über dem römischen Recht eine Erweiterung gefunden hat. Ebenso geht aber auch in dem ordentlichen Verfahren die Rechtskraft erheblich weiter als vordem. Dies zeigt sich bei einer Prüfung der Frage, ob eine Schadensersatzklage gegenüber einem rechtskräftigen Urteil zulässig ist.

Der Ausschluß des Parteivorbringens ist oft nur ein vorläufiger, §§ 595, 597 ZPO.

In wieder anderen Fällen ergeht die Entscheidung ohne Rücksicht auf ihre Richtigkeit. Indirekt ist damit der Ausschluß eines Parteivorbringens zugelassen. Hier sind vor allem §§ 106 Abs. 2, 878, 815 ZPO. zu nennen. Der Ausschluß besteht hier für die Instanz.

Einen Ausschluß des Parteivorbringens enthält schließlich auch das Versäumnisverfahren und das Anmeldungsprinzip im Zwangsversteigerungsgesetz, sowie die Gestaltung des Aufgebotsverfahrens.

Als Folge dieser durch die gesetzliche Verfahrensregelung herbeigeführten Fehlerquellen sind aber als Ausgleich durch das Gesetz Mittel und Wege gegeben, die Fehlerhaftigkeit wieder zu beseitigen, wenn auch in beschränkten Grenzen. Diese Mittel sind vor allem die Rechtsbehelfe.

F. Die Stellungnahme des Gesetzes zu dem Problem der Fehlerhaftigkeit.

1. Die Darlegung dieser gesetzlichen Bestimmungen lassen ein Doppeltes erkennen. Das Gesetz geht davon aus, daß auch alle Gerichtstätigkeit Menschenwerk ist. Es rechnet nicht nur mit dem Irren der Gerichtspersonen, auch mit einem solchen der Partei. Es berücksichtigt ein unehrliches Handeln beider und vermutet, daß auf Grund von solchen Normwidrigkeiten die Entscheidung zugunsten einer Partei und zum Nachteil der anderen beeinflußt sein kann. Dann kann aber auch die Normwidrigkeit dadurch entstehen, daß infolge der besonderen Ausgestaltung des Prozeßrechts die Entscheidung, obwohl prozeßordnungsgemäß, dennoch fehlerhaft ist.

2. Die Stellungnahme des Gesetzes zu der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung im Zivilprozeß hat sich damit nicht als eine immer gleiche gezeigt. Im Gegenteil ergaben

die aufgeführten Gesetzesstellen, daß das Gesetz den einzelnen Fehlermöglichkeiten bei den verschiedenen Gerichtshandlungen die verschiedensten Wirkungen beimißt. Damit wertet es sowohl die Fehler als auch die Gerichtshandlungen. In der verschiedenen Behandlung zeigt sich ein zusammenhängendes System, die gesetzlichen Wertungsgrundsätze. Ihnen sind die Gesichtspunkte zu entnehmen, die für die Wirkung der nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführten Fehler maßgebend sind.

3. Die Grundlage der Stellungnahme des Gesetzes ist das Ausgehen von einer außerprozessualen objektiv bestehenden Rechtslage. Dies zeigt vor allem die Einrichtung der Rechtsbehelfe, die eine Korrektur auch der prozeßordnungsgemäß ergehenden Gerichtshandlung ermöglichen und sichtbar von der Möglichkeit einer Nichtübereinstimmung von prozessualer und außerprozessualer Rechtslage ausgehen und als Änderungsmittel darauf hinzielen, die prozessuale in Übereinstimmung mit der außerprozessualen Rechtslage zu bringen. Entsprechen die Rechtslagen einander, so ist der Gerechtigkeit voll Rechnung getragen. Andernfalls ist die Gerichtshandlung fehlerhaft. Die Prozeßgesetze streben also danach, dieses Ziel, das Fernziel des Prozesses, zu erreichen. (Gerechtigkeitsprinzip.) [13]) Ziel des Prozesses ist also Wahrheitsermittlung. Er ist Wahrheitsermittlungsverfahren. Daher ist es auch nicht ganz zutreffend, wenn Fischer [14]) sagt: „Die Feststellung der Wahrheit ist nicht das Ziel des Prozesses und kann es auch nicht sein." Dieses Ziel ist das gleiche wohl in allen Prozessen aller Länder. Nur ist die Art der Wahrheitsermittlung eine verschiedene und in dieser Art drücken sich die Grundsätze des dem Prozeß innewohnenden Ordnungsprinzips aus. Der Prozeß ist heute nach völlig selbständigen und eigengearteten Gesichtspunkten ausgestaltet. Im Prozeß soll zwar dieses Fernziel erreicht werden. Aus praktischen Erwägungen, Ordnungsgesichtspunkten, ist aber das Verfahren derart gestaltet, daß die Entscheidung dieses letzte Ziel oft nicht erreichen kann. Als oberste, diese Divergenz ermöglichenden Grundsätze sind die Verhandlungsmaxime und das Zweiparteiensystem zu

13) Vergl. auch Sauer, Grundlagen. S. 53. Beachte hierzu noch besonders S. 77 der Untersuchung.

14) Lehrbuch. S. 149.

nennen. Es besteht daher auch grundsätzlich, mit Ausnahme des Eheprozesses usw. keine Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen. Die Parteien haben grundsätzlich dem Richter auch die tatsächlichen Unterlagen für ihren, von ihnen zu formulierenden Antrag zu unterbreiten, die sie grundsätzlich beweisen müssen. Auf das Fernziel des Prozesses weist aber deutlich § 139 ZPO. hin. Auf der von den Parteien dargebotenen Grundlage wird dann die Entscheidung getroffen. Der Ordnungsgedanke, der allem Rechte als Idee zugrunde liegt, tritt hier in dieser eigenartigen Form auf und bildet das Nahziel[15]) des Prozesses.

Diese in den Grundanschauungen des Liberalismus wurzelnden Grundsätze, die allerdings heute, besonders in Sonderverfahren (Arbeitsrecht) schon in ihrer souveränen Geltung zurückgedrängt sind, sind die Ursache dafür, daß viele Entscheidungen nicht aus der außerprozessualen Rechtslage gerechtfertigt erscheinen und damit der stärksten Ausdrucksform des Fernziels des Prozesses widersprechen.

Sie sind fehlerhaft. Diese Fehlerhaftigkeit ist aber wohlbedacht in Kauf genommen, um das Ordnungsprinzip durchzuführen, das sich in dieser Form Geltung verschafft, und das sich gegenüber dem Gerechtigkeitsprinzip zunächst als stärker erweist.

Dann bringt die Einrichtung der staatlichen Rechtspflege das Bedürfnis nach einer schnellen Rechtsprechung und damit einem schnellen Verfahren mit sich. Denn nur durch ein solches wird dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger genügend Sorge getragen. Es besteht ein starkes Offizialinteresse an einer schnellen Erledigung der Prozesse. Daher wird eine Partei, die ihre auf diesem Prinzip beruhenden Pflichten im Prozeß lau nimmt, oder ihnen bewußt in Verschleppungsabsicht entgegenhandelt und so zur Verlängerung der Prozesse beiträgt, schlechtergestellt. Als Strafe trifft sie der Ausschluß von Angriffs- und Verteidigungsmitteln. Das bösliche Verhalten der Partei soll dieselben Wirkungen haben, als hätte die Partei überhaupt nichts vorgebracht. Auf den gleichen Grundsatz der Beschleunigung des Verfahrens sind die Entscheidungen nach Lage der

15) Aehnlich Sauer, Grundlagen. S. 53.

Akten, wie auch die summarischen Verfahrensarten mit ihren in ihnen wurzelnden Fehlerquellen, die auf eine unrichtige Entscheidung zum Teil direkt hindrängen, zurückzuführen. Auch hier ist die Fehlerhaftigkeit in Kauf genommen, um das in dieser zweiten Form auftretende Ordnungprinzip durchführen zu können.

Diese oben aufgeführten Bestimmungen — Bindung an Entscheidungen, Ausschluß von Rechtsbehelfen, Einschränkung dieser, Ausschluß von Angriff- und Verteidigungsmitteln, sei es endgültig, sei es nur vorläufig, zahlreiche Handlungen der Parteien, die an Formen und Fristen gebunden sind, deren Nichteinhaltung zum Verlust der Vornahmemöglichkeit dieser Handlungen führt — zeigen zugleich, wie scharf das Ordnungsprinzip durchgeführt wird, wie sehr es betont ist. Und das mit Recht. Denn am gefährlichsten für das Rechtsleben ist und bleibt die Rechtsunsicherheit. Daher ist auch oft, aber mit Unrecht, das Bestehen des Fernziels geleugnet, oder wenigstens nicht klar zum Ausdruck gebracht worden. Andererseits kann man aber auch zu den Entscheidungen des Gerichts Vertrauen haben,[16]) und insofern ist die Durchführung des Ordnungsprinzips an sich gerechtfertigt. Sie ermöglicht überhaupt erst die Durchführung dieses stark ausgeprägten Rechtssicherheitsgedankens, der sich in seiner stärksten Form in dem Institut der formellen Rechtskraft zeigt.

4. Ein derart streng durchgeführtes Ordnungsprinzip kann aber zu groben Unbilligkeiten führen. Überall gewährt daher das Gesetz Mittel zur Beseitigung der Fehler, die oben aufgeführten Rechtsbehelfe. Diese zeigen deutlich den Widerstreit zwischen Ordnungs- und Gerechtigkeitsprinzip, Nahziel und Fernziel des Prozesses. Dieser Widerstreit durchzieht das gesamte Prozeßrecht. In ihm zeigt sich aber auch, besonders durch die Rechtsbehelfe, in welcher Weise das Gesetz einen Ausgleich schafft. Jeder Rechtsbehelf hat demnach vor allem die Aufgabe, Unbilligkeiten, also Schäden, zu verhindern. Oder falls solche schon eingetreten sind, so gibt er die Möglichkeit, den Schaden zu beseitigen. Das ist der

16) Zumal den Parteien reichlich Gelegenheit zum Gebrauch von Angriffs- und Verteidigungsmitteln gegeben ist und auch die Auswahl der erkennenden Gerichtspersonen, Dienstaufsicht und Strafandrohungen die Gewähr für eine gerechte Rechtspflege geben.

Sinn der Rechtsbehelfe. Jeder Rechtsbehelf bildet damit eine legalisierte Durchbrechung des Ordnungsprinzips zugunsten des Gerechtigkeitsprinzips, eine Durchbrechung des Nahziels zugunsten des Fernziels, der Billigkeit. Weil die Rechtsbehelfe aber eine Durchbrechung sind, so ist damit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß eine grundsätzlich weite Auslegung der Rechtsmittelvorschriften nicht gestattet ist. Grundsätzlich sind sie vielmehr eng und einschränkend auszulegen. Daraus allein ergibt sich aber, daß der Katalog der Wiederaufnahmegründe, dieser stärksten Durchbrechung des Ordnungsprinzips, ein geschlossener ist, worauf die Entstehung dieser Vorschriften gleichfalls hinweist.[17])

Nur dort, wo die gesetzliche Regelung offenbar völlig unzulänglich ist, ist eine ausdehnende Auslegung der Vorschriften über die Rechtsbehelfe geboten, weil sonst das Fernziel des Prozesses in grober Weise verfehlt werden würde. Aber auch das ist nur cum grano salis zu verstehen. Bei an sich sehr wenig bestandsfesten Gerichtshandlungen ist — wie das Gesetz ergibt — dieses Ordnungsprinzip in geringerer Stärke zum Ausdruck gebracht als bei überaus bestandsfesten Gerichtshandlungen, wie den rechtskräftigen Urteilen, bei denen starke Garantien für ihre Richtigkeit gegeben sind, bei denen aber auch das Bedürfnis nach Unabänderlichkeit sehr groß ist. Man muß daher bei labileren Gerichtshandlungen auch hinsichtlich einer ausdehnenden Auslegung der Rechtsbehelfe weitherziger sein, als bei den stabileren Gerichtshandlungen, zu denen vor allem die der formellen Rechtskraft fähigen Gerichtshandlungen gehören.

Jeder Rechtsbehelf hat also eine Aufgabe. Sie besteht darin, eingetretene Schäden zu beseitigen oder das Eintreten solcher zu verhindern. Mit dieser Aufgabe ergibt sich aber auch, daß nur die Unrichtigkeit einer Entscheidung ihre Aufhebung oder Änderung rechtfertigt. Dem scheint entgegenzustehen, daß auch Fehler formeller Natur, die nicht notwendig eine Unrichtigkeit der Entscheidung zur Folge haben müssen, oft notwendig zur Aufhebung einer Gerichtshandlung führen. An dieser Stelle sind vor allem die absoluten Revisionsgründe zu nennen.

---

17) Vergl. Wurzer, Nichturteil und nichtiges Urteil, S. 17/19.

5. Dennoch ist mit der Aufhebung der mit einer solchen Normwidrigkeit behafteten Gerichtshandlung noch nicht das Verfahren zum Abschluß gebracht. Nunmehr muß erneut über das Begehren entschieden werden. Das Instanzgericht kann unter Umständen genau dieselbe Entscheidung fällen wie in dem ersten Erkenntnis. Die Verletzung des Ordnungsprinzips führt also nicht zu einer anderen Entscheidung, sondern nur zur Aufhebung des ersten Erkenntnisses. Deutlich zeigt sich dies, wenn es sich um ein Urteil handelt, das durch Berufung angefochten worden ist. Obwohl das Ersturteil von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter gefällt sein kann, ist es doch möglich, daß das Berufungsgericht auf Grund eigener selbständiger Beurteilung zu demselben Ergebnis gelangt. Die Normwidrigkeiten, die sich gegen das Ordnungsprinzip wenden, haben daher nur insoweit Bedeutung, als sie die Unrichtigkeit der Entscheidung beeinflussen. Nur auf diese kommt es an. Allerdings hat das Gesetz bei den absoluten Revisionsgründen und den Wiederaufnahmegründen eine unwiderlegliche Vermutung für die Unrichtigkeit der Entscheidung aufgestellt. Liegen diese Fehler vor, so muß die Entscheidung aufgehoben werden. Nicht ist aber damit gesagt, daß im Ergebnis eine andere Entscheidung gefällt werden muß. Weiterhin ist damit nicht gesagt, aus welchen Gründen das Gesetz die Unrichtigkeit in diesen Fällen unwiderleglich vermutet. Hierfür ist eine Reihe von Gesichtspunkten maßgebend; einmal die objektiv bestehende Gefahr, daß z. B. ein an dem Rechtsstreit persönlich beteiligter Richter bewußt oder unbewußt in anderer Weise entscheidet, als es nach den Prozeßprinzipien der Fall sein müßte, dann aber auch soll durch den Ausschluß des Richters und durch die hiermit verbundene Charakterisierung der Beteiligung eines solchen Richters am Verfahren als eines Verfahrensmangels, das Vertrauen an eine gerechte Rechtspflege bestärkt werden. Ähnlich liegen die Gründe für die Aufstellung der übrigen absoluten Revisions- und der Wiederaufnahmegründe. Die unwiderlegliche Vermutung ist jedoch auch in diesen Fällen nicht gleichmäßig stark ausgeprägt. Das eine Mal (§ 580 Ziff. 1, 2, 3, 4, 6 ZPO.) muß die Kausalität dieser Normwidrigkeit mit der Entscheidung dargetan werden, wenn aber Kausalität besteht, dann wird die Unrichtigkeit der Entscheidung vermutet, das andere Mal dagegen geht die Vermutung da-

hin, daß die Normwidrigkeit wegen schwerer sachlicher Mängel zu einer Unrichtigkeit geführt hat.

6. Zusammenfassend ist zu sagen:

Die Urteile sind die einschneidendsten und wichtigsten Gerichtshandlungen, da sie regelmäßig der Abschluß eines Erkenntnis- oder Gestaltungsverfahrens sind. Sie unterliegen, da sie für die Partei von überaus großer Bedeutung sind, grundsätzlich der Anfechtung. Ebenfalls kann grundsätzlich jeder Fehler, auf dem das Urteil beruht, in der zweiten Instanz zur Änderung der Entscheidung führen. Nicht aber sind sie von Amts wegen änderbar. Einschränkungen ergaben sich aus dem Streitwert und aus Form und Frist der Anfechtungshandlung.

Wenn die Urteile jedoch erst einmal formelle Rechtskraft erlangt haben, dann können nur Fehler der schwersten Art, und auch diese nur in beschränkter Weise, dadurch zu einer Nachprüfung des Urteils führen, daß ein außerordentlicher Rechtsbehelf auf einen solchen Fehler gestützt werden kann. Derart schwer wiegt z. B. die Unzulässigkeit des Verfahrens und die damit verbundene rechtliche Unmöglichkeit des Erkenntnisses (§ 957, aber auch § 1041 ZPO.); ferner solche Fehler, die schwere Bedenken an der Richtigkeit der Entscheidung erwecken, sei es durch Fehler im erkennenden Gericht oder durch sachliche Mängel; vor allem, wenn das Urteil durch strafbare Handlungen beeinflußt ist.

Selbst diese schweren Fehler werden aber völlig unanfechtbar. Das Gesetz sieht also auch derart mangelhafte Entscheidungen dann als vollwirksam an.

Die Zuständigkeitsverletzungen wiegen gleichfalls nicht sonderlich schwer. Die Verletzung der örtlichen Zuständigkeitsbestimmungen ist ohne Bedeutung für die Anfechtbarkeit, geschweige denn die völlige Wirksamkeit der Entscheidung; die Verletzung der sachlichen Zuständigkeitsbestimmungen ist nur von beschränkter Bedeutung. § 10 ZPO.

Es scheint, als ob man von dem Privileg der Gerichte sprechen könnte, Fehlsprüche zu fällen. Jedoch ist die Gewähr dafür da, daß sie gering ausfallen, weil die Partei reichlich Gelegenheit hat, Angriffs- und Verteidigungsmittel in weitem Umfange vorzubringen. Dann aber wiegt auch eine Ungerechtigkeit weniger als eine Rechtsunsicherheit,

von einem Standpunkt aus betrachtet, der das Allgemeininteresse in den Vordergrund rückt.

Alle Gerichtshandlungen, die in formelle Rechtskraft erwachsen können, sind nicht in gleichem Umfang für anfechtbar erklärt. Die Wiederaufnahme des Verfahrens gibt es z. B. nur für Urteile. Das Gesetz geht also davon aus, daß die minderwichtigeren Entscheidungen auch einer minderen Anfechtbarkeit bedürfen.

Ein ähnlicher Gesichtspunkt tritt auch in der nicht gleichmäßigen Behandlung der Anfechtbarkeit einzelner Entscheidungen zu Tage, je nachdem diese einer Partei einen Nachteil oder einen Vorteil bringen, der anderen Partei gegenüber jedoch ohne sachliche Bedeutung sind.

Erinnert sei nur an §§ 127, 319 ZPO. und andere.

Die Gerichtshandlung, bei denen für eine Partei der begünstigende Charakter überwiegt, wogegen der anderen Partei kein sachlicher Nachteil zugefügt wird, sind unanfechtbar.

Das Gesetz berücksichtigt ferner noch besonders die Unrichtigkeit bei solchen Entscheidungen, bei denen eine Unrichtigkeit ganz besonders leicht eintreten kann.

Ist die Gerichtshandlung von einem gering qualifizierten Organ erlassen, z. B. die Pfändung, § 808 ZPO., so zeigt sich diese besonders im Hinblick auf Form und Zulässigkeitsverstöße als außerordentlich wenig bestandsfest. Der primitive Rechtsbehelf der Erinnerung § 766 ZPO. genügt, um die Pfändung durch ein qualifiziertes Organ nachprüfen zu lassen.

Andere Entscheidungen, bei denen infolge des Ausschlusses von Beweismitteln oder eines scharf durchgeführten Antragprinzips die Unrichtigkeit sehr nahe liegt, sind gleichfalls außerordentlich wenig bestandsfest.

Bestimmungen, wie der § 973 ZPO. zeigen, daß die Entscheidung, die von erheblicher Bedeutung ist, schon bei einem sonst ganz geringen Verstoß, bei bloßer sachlicher Unrichtigkeit aufhebbar ist. Hierin kommt auch zum Ausdruck, daß es das Gesetz vor allem auf die Richtigkeit der Entscheidung abstellt.

Andere Gerichtshandlungen, die nur der Vorbereitung für (wichtigere) Sachentscheidungen dienen, die noch ge-

troffen werden sollen, sind überhaupt nicht allein anfechtbar, werden jedoch mit der Sachentscheidung zusammen angefochten und abgeändert.

Fehler, die nur in dem Auseinanderfallen von Erklärtem und Gewolltem liegen, führen jederzeit zur Berichtigung. Gröbere Versehen jedoch nicht immer. Auch bedarf es hierzu meist eines Antrages.

Entscheidungen, die überhaupt keine Sachentscheidung enthalten, sondern nur der Prozeßleitung dienen, sind nicht einmal anfechtbar.

Die Protokolle, die keiner Anfechtung unterliegen können, weil sie keine Anordnungen enthalten, sind wegen ihrer hohen Bedeutung als überaus bestandsfest gekennzeichnet. Gegen sie ist nur der Nachweis der Fälschung möglich.

7. Die Wirkung der einzelnen Fehler auf den Bestand der Gerichtshandlung, die schon durch das Gesetz in verschiedener Weise behandelt wird und nicht nur aus der Abänderbarkeit zu bestehen braucht, ist jedoch nicht die einzige Wirkung. Die fehlerhafte Gerichtshandlung kann noch eine Reihe weiterer Wirkungen äußern, die Rechtsprechung und Lehre im weiten Umfange beschäftigt haben, und die hier aufgeführt werden sollen, ohne daß ein Anspruch auf erschöpfende Aufzählung geltend gemacht wird. Diese Wirkungen sollen hier auch nur zum Teil untersucht werden.

So kann die Fehlerhaftigkeit die Natur der Gerichtshandlung verändern, z. B. aus einem Berichtigungsbeschluß einen unzulässigen anderen Beschluß machen. Diese Frage wird dann praktisch, wenn der eine Beschluß unanfechtbar ist, der andere jedoch nicht. Diese Wirkung fällt mit der Frage zusammen, inwieweit eine Entscheidung nachprüfbar ist.

Die fehlerhafte Gerichtshandlung kann auch zur Entstehung eines Schadensersatzanspruches führen.

Neues Leben gewinnen so die schwierigen Fragen, die neben anderen mit den Problemen der doppelten Rechtswidrigkeit bei einem „ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb", der Natur der Schadensersatzklagen aus §§ 300 Abs. 2, 600, 717, 945 ZPO., der Schadensersatzklage aus § 826 BGB. gegenüber einem rechtskräftigen Urteil zu-

sammenhängen, wenn sie aus dem Gesichtswinkel der Fehlerhaftigkeit und der Unrichtigkeit einer Gerichtshandlung betrachtet werden.

Gleichfalls ist das Problem der Fehlerhaftigkeit wichtig bei der Frage, wann das Pfändungspfandrecht nach § 804 ZPO. entsteht.

Die Fehlerhaftigkeit ist wichtig für Kostenfolgen.

Auch das Problem der materiellen Rechtskraft der Urteile im Zivilprozeß hängt zu einem wesentlichen Teil von der Stellungnahme zu den Begriffen der Fehlerhaftigkeit und der Unrichtigkeit einer Gerichtshandlung im Zivilprozeß ab. Denn bei dem Streit der materiell- und der prozeßrechtlichen Auffassung vom Wesen der materiellen Rechtskraft zeigen sich die Unterschiede im Ergebnis gerade bei dem sogenannten unrichtigen Urteil.

Schließlich beruht das ganze Rechtsmittelsystem letzten Endes auf ihnen, wie schon gezeigt wurde.

Nachdem in diesem Abschnitt der Nachweis geführt worden ist, daß die Bestandfestigkeit der einzelnen Gerichtshandlungen eine verschiedene ist, andererseits auch die Normabweichungen, die das Gesetz erwähnt, verschieden stark auf die Gerichtshandlungen wirken, und hieraus eine Wertung der Gerichtshandlungen und der Fehler durch das Gesetz zu entnehmen ist, wird sich als 3. Teil die Anwendung der so gefundenen gesetzlichen Wertung auf die bei den einzelnen Gerichtshandlungen nichterwähnten Normabweichung und deren Wirkung auf den Bestand der Gerichtshandlungen schließen und damit gleichzeitig ein Lösungsversuch, wenn auch in bescheidenem Umfange, gegeben werden.

III. Nichturteil und nichtiges Urteil.

A. Nichturteil und nichtiges Urteil als Unterfälle der fehlerhaften Gerichtshandlung.

1. Die aus der gesetzlichen Regelung der Wirkung der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung auf deren Bestand gefundenen Grundsätze sollen nun Anwendung bei der Untersuchung finden, welche Wirkung die bei den einzelnen Gerichtshandlungen nicht bezeichneten Fehler auf deren Bestand haben. Die Erörterung der Wirkung der einzelnen Fehler wird jedoch nicht an die verschiedenen Normabweichungen, sondern an die einzelnen Gerichtshandlungen anschließen. Der vorige Abschnitt hat gezeigt, daß die Entscheidungen, die in formelle Rechtskraft erwachsen können, nach Eintritt der Rechtskraft außerordentlich bestandsfest sind. Unter ihnen ragen wiederum die Urteile, und zwar in erster Linie die Endurteile hervor. Die Wirkung der Normwidrigkeiten auf deren Bestand wird im Folgenden erörtert werden.

Die Urteile, die unter den Oberbegriff der Gerichtshandlungen fallen, sind in mehrfacher Hinsicht geeint, im übrigen aber in einige Untergruppen geteilt, die sich vor allem durch ihre Aufgabe und durch ihre Form unterscheiden.

Den Endurteilen liegt die Beendigung des Rechtsstreits der ganzen Streitsache ob, gleichgültig ob bedingt oder unbedingt; den Zwischenurteilen dagegen nur hinsichtlich eines Streitpunktes, den Teilurteilen hinsichtlich eines Streitteiles.
2. Die Urteile sind also Gerichtshandlungen bestimmter Art. Das konträre Gegenteil eines Urteils ist ein Nichturteil. Jede andere Gerichtshandlung bestimmter Art ist damit ein Nichturteil. Ein Nichturteil ist aber weiter auch jede Nichtgerichtshandlung, die wiederum nur ein Unterfall des Nichtstaatsaktes ist. Mit dieser logischen Gegenüberstellung von Begriffen ist zunächst noch nichts gewonnen. Sie zeigt nur deutlich das an sich Selbstverständliche, daß dem Begriff Urteil etwas eignen muß, was ihn von allen anderen Handlungen auszeichnet, so daß diese als Nichturteile zu bezeichnen sind. Die Handlungen, die wir als

Urteil bezeichnen, müssen sich daher in etwas von allen anderen Handlungen unterscheiden. Diese Merkmale, die sie von allen anderen Handlungen unterscheiden, ihnen aber gemeinsam sind, müssen für den Urteilsbegriff wesentlich sein.[1])

Hiermit haben wir vor allem gegen die ausschließlich teleologische Betrachtungsweise von Hippels Stellung genommen. Jedoch müssen wir von Hippel insofern folgen, als zu der Feststellung der wesentlichen Begriffsmerkmale zunächst das Gesetz, als Ergänzung aber auch Wertgesichtspunkte heranzuziehen sind. Mit dieser Gegenüberstellung ist gleichfalls nicht gesagt, daß eine nicht einmal auf die Urteilsnorm beziehbare Handlung ein Nichturteil, ein insofern fehlerhaftes Urteil ist. Das hieße den Fehlerbegriff selbst in seinem weitesten Umfange verkennen. Ein fehlerhaftes Urteil, gleichgültig, ob Nichturteil, nichtiges, anfechtbares usw. Urteil, liegt nur dann vor, wenn der Tatbestand auf die Urteilsnorm irgendwie beziehbar ist, wenn also ein Sachverhalt vorliegt, der es nahe legt zu prüfen, ob ein Urteil vorhanden ist. Bei einem Kostenfestsetzungsbeschluß, der dieser Beschlußnorm entspricht, liegt z. B. ein solcher Verdacht überhaupt nicht vor.

Ein Nichturteil kann daher unter Umständen als fehlerhaftes Urteil angesehen werden, weil es auf die Urteilsnorm beziehbar ist, wohingegen ein anderes Nichturteil diese Bezeichnung nicht verdient. Denn das In-Bezug-setzen eines Tatbestandes auf eine Norm, verbunden mit der Nichtübereinstimmung von Tatbestand und Norm, ist dem Begriff der Fehlerhaftigkeit eigentümlich.

Nur in diesem engen Sinne: Nichturteil gleich fehlerhaftes Urteil verwendet u. a. Hellwig[2]) den Begriff des Nichturteils, wenn er sagt: Ein Nichturteil sei etwas, was als Urteil auftrete, jedoch keines sei, weil ihm der dem Urteil essentielle Tatbestand fehle. Als Beispiel nennt er u. a. eine als Urteil bezeichnete Verfügung in Grundbuchsachen.

1) Hierbei ist zu beachten, daß auch der Urteilsbegriff ein Oberbegriff ist; von den Urteilen interessiert uns nur eine Unterart, die Urteile im Zivilprozeß, nicht aber die im Strafprozeß oder im Verwaltungsstreitverfahren.

2) System, § 174, S. 554 ff.

Rosenberg[3]) bezeichnet als Nichturteil den Fall, daß nicht einmal der äußere Tatbestand eines Urteils gesetzt ist. Es ist aber gerade eine petitio principi, wann der äußere Tatbestand eines Urteils vorliegt. Rosenbergs Umschreibung des Begriffes Nichtentscheidung (Nichturteil) kann daher nicht befriedigen.

3. Auch ein Urteil ist äußerlich betrachtet eine Handlung, ein tatsächlicher Vorgang. Die Urteilsnorm gibt nun an, welches tatsächliche Ereignis die Bezeichnung als eines Urteils verdient. Wir nennen die hierauf bezugnehmenden Teile der Norm die Formvorschriften. Hierher gehört z. B., daß der Richter in der mündlichen Verhandlung die Urteilsformel zu verkünden hat.

Darüber hinaus hat die Handlung einen gedanklichen Inhalt. Sie ist der Grund für ein Ereignis in der Sphäre des Unkörperlichen.

Beispiel: Die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher ist durch Besitzergreifung vollendet. § 808 Abs. 1 ZPO. Die tatsächlichen Vorgänge, verbunden mit der aus der vorgeschriebenen Form zu entnehmenden Willensrichtung des Gerichtsvollziehers — diese gehört also auch zu dem „tatsächlichen Ereignis" — ergeben die Entstehung des Besitzes an den Sachen in der Person des Gerichtsvollziehers. Mit diesem unkörperlichen Ereignis entstehen erst die Inhaltswirkungen der Gerichtshandlung, die Verfügungsbeschränkung des Verfügungsberechtigten und das Pfandrecht des Pfändungsgläubigers.

Die Handlungen haben die Aufgabe, ein unkörperliches Gebilde entstehen oder untergehen zu lassen. Weil auf dieses Ziel gerichtet, haben sie diesen gedanklichen Inhalt.

Normbeziehbar ist die Tätigkeit, weil sie Handlung ist. Denn nur das, was sich tatsächlich zugetragen hat, kann auf die Handlungsnorm beziehbar sein. Nun ist aber der tatsächliche Vorgang, das richterliche Erkenntnis, auf ein Objekt gerichtet. — Es wird auf die Klage über einen Anspruch entschieden. Jede Gerichtshandlung bestimmter Art ist nur auf eine bestimmte Gruppe von Objekten zu richten. Stellt sich bei einer nachträglichen Betrachtung heraus, daß das Objekt nicht zu denjenigen gehört, auf die sich die Hand-

3) Lehrb. III. Aufl. S. 224.

lung beziehen kann, z. B. ist durch Urteil eines Zivilgerichts ein Jagdschadensanspruch bejaht, oder in Form eines Zivilurteils eine Terminbestimmung ergangen, oder ein Jagdschein erteilt worden, so ist die Handlung der Behörde in mehrfacher Weise normbeziehbar. Ihrer Form und ihrem Objekt nach bestehen verschiedene Beziehungen zu einzelnen Gerichtshandlungsnormen.

4. Gegenüber der Handlungsnorm kann der Tatbestand hinsichtlich der Form, oder seinem Inhalt nach oder hinsichtlich keines von beiden übereinstimmen.

Verstößt eine normbeziehbare Handlung gegen die Formennorm, so müßte, wenn die tatbestandlichen Mindesterfordernisse — solche sind immer vorhanden — nicht gewahrt sind, der Tatbestand unter Umständen nicht als Gerichtshandlung bestimmter Art angesehen werden. Damit dürfte die Handlung auch nicht als Gerichtshandlung allgemein erscheinen. Dem steht aber die lex lata entgegen. Das fehlerhafte Nichthandeln und damit auch eine Tätigkeit, die den tatbestandlichen Mindesterfordernissen einer bestimmten Gerichtshandlung nicht entspricht, kann zu Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Staat führen. (Argument: § 839 BGB.) Es läge also beispielsweise kein Urteil, sondern ein Nichturteil vor; dennoch wäre es eine Gerichtshandlung, weil sie dem Staat zurechenbar ist, denn sie führt zur Haftung des Staates.[4])

Auch das Nichthandeln (dieser Sonderfall des Handelns) ist also vom Gesetz als normbeziehbar, als Gerichtshandlung angesehen worden. Damit werden jedoch unsere grundsätzlichen Erwägungen (Gerichtshandlung nur eine Gerichtshandlung bestimmter Art) nicht umgestoßen. Es zeigt sich vielmehr, daß das Gesetz nur insoweit logischen Erwägungen folgt, als es ihm praktisch erscheint. Dann aber geht es eigene Wege und sieht auch derartiges „Handeln" als dem Staat zurechenbar, als Gerichtshandlung an und macht diese Tätigkeit damit wieder zu einer Gerichts-

4) A. A. Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1923. S. 62. Wegner behauptet, eine Handlung, die Unrecht sei, könne nicht Staatsakt sein.
Ebenso Coester S. 45.
Wie hier: Waldecker. Allgemeine Staatslehre. S. 465.

handlung bestimmter Art, deren Wirkung sich in der Entstehung von Schadensersatzansprüchen erschöpft.
5. Jede Normwidrigkeit verstößt gegen irgend einen Teil der Norm. Dieser Verstoß kann sich gegen den Charakter der Handlung als eines Staatsaktes, einer Gerichtshandlung, eines Urteils (Endurteils) oder auch gegen deren inhaltliche Wirkungen richten. Die Normwidrigkeit einer zu untersuchenden Handlung ist infolgedessen auch nicht von gleichbleibender Bedeutung.

Hierin liegt der Kern der Gegenüberstellung von Nichturteil und nichtigem bzw. anfechtbarem Urteil. Beeinflußt die Normwidrigkeit den Charakter der Handlung als eines Staatsaktes usw., so liegt ein Nicht-(End-)Urteil vor. Andernfalls verdient die Handlung zwar die Bezeichnung eines Urteils, ihre inhaltlichen Wirkungen sind jedoch gegenüber der Norm verändert. Jedoch sind Beeinflussung der Inhaltswirkung und des Charakters der Handlung nicht etwas völlig Verschiedenes. Mittelbar ist auch in den letzteren Fällen die inhaltliche Wirkung beeinflußt. Nur gibt es auch solche Normwidrigkeiten, die allein die inhaltlichen Wirkungen verändern.

Wann die tatbestandlichen Mindesterfordernisse einer Gerichtshandlung bestimmter Art vorliegen, die also beispielsweise eine Handlung als Endurteil erscheinen lassen und deren Nichtvorliegen dazu führt, daß die Handlung ein Nichturteil ist, ist nicht ohne weiteres klar.

B. Einzelne Fälle des Nichturteils.

1. Als wesentliches Merkmal, das in den Begriff eines Einzelgegenstandes gehört, bezeichnet Schwinge[5]) im Anschluß an Rickert all das, was unentbehrlich ist, damit es seinen Zweck, seine Aufgabe erfüllt. Er weist darauf hin, daß in der gesamten aus- und inländischen Literatur ähnliche Wege zur Bestimmung des wesentlichen Merkmales eines Begriffs gegangen worden sind. Die Grundlage dieser Auffassung bildet eine Wertbetrachtung. Dieser Methode ist durchaus zuzustimmen, denn es ist, was Rickert mit Recht hervorhebt, ausgeschlossen, ohne Zuhilfenahme von materialen Gesichtspunkten durch bloße logische Über-

5) S. 43.

legung wesentliche und unwesentliche Merkmale eines Begriffs voneinander zu scheiden.

Sie verdient aber nicht ausschließliche Geltung. Sie kann z. B. nicht für die Frage bedeutsam werden, wann eine Handlung dem Staate zurechenbar, also Gerichtshandlung ist. Man kann nicht sagen, daß Aufgabe eines Urteils ist, daß es Gerichtshandlung sei. Und doch ist die Zurechenbarkeit gleichfalls ein begriffswesentliches Merkmal des Urteils. (Wobei wir den Begriff des Merkmals etwas anders fassen, als offenbar Rickert und Schwinge es tun.)

Die Aufgabe der Urteile kann nur bei Nachprüfung der Urteilsformennormen Bedeutung gewinnen, um die aus der gesollten Inhaltswirkung hervorgehenden „wesentlichen" Formerfordernisse herauszulesen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie auch dem gesetzlichen Urteilsbegriff wesentlich sind. Maßgebend muß sein, ob das Gesetz in gleicher Weise vorgeht, es also ein Urteil nur dann als vorliegend betrachtet, wenn es auch seine Aufgabe erfüllt. Das Gesetz kann auch einen völligen Invaliden noch als Soldat betrachten, wenn er auch die Aufgabe des Soldaten, Kriegsdienste zu leisten, in keiner Weise erfüllt und erfüllen kann.

2. Der Zweck eines Endurteils geht dahin, einen Prozeß zu beendigen. Das Ziel des Urteils, das sich aus den §§ 300—329 ZPO. deutlich ergibt, kann nur dann erreicht werden, wenn die Beendigung des Prozesses insoweit gesichert wird. Diese Garantie liegt in dem Institut der Rechtskraft, die in sich die Unwiderruflichkeit der Urteile enthält. Die Rechtskraft des Urteils ist also infolge seiner Aufgabe nicht nur eine Wirkung, sondern ein sich hieraus ergebendes Merkmal desselben.[6]) Andererseits muß der Inhalt des Urteils ein derartiger sein, daß er tatsächlich den Rechtsstreit — bedingt oder unbedingt — beendigt. Jedoch ist dieser Inhalt nur ein Merkmal des Endurteils. Bei einem Teilurteil, das nur die Aufgabe hat, den Prozeß hinsichtlich dieses Teils zu beendigen, muß in entsprechender Anwendung der Inhalt ein derartiger sein, daß er den Streit

6) Dagegen die herrschende Meinung, die die Rechtskraft als eine Urteilswirkung ansieht. Anderer Ansicht die Kelsensche Schule, Merkl, Husserl, die die Rechtskraft als Normwirkung ansehen.

hinsichtlich dieses Teiles abschließt. Das gleiche gilt für ein Zwischenurteil hinsichtlich eines Streitpunktes. Eine Gerichtshandlung, die sich als Urteil bezeichnet, aber einen Beweisbeschluß enthält, erfüllt diese Aufgabe nicht. Das gleiche gilt für völlig widerspruchsvolle und unverständliche Entscheidungen, die sich Urteile nennen.

3. Zu den wesentlichen, sich aus seiner Aufgabe ergebenden Erfordernissen gehört ferner das Vorhandensein von zwei Parteien. Es liegt in der Natur des Rechtsstreits und damit auch in der des Urteils, als der den Rechtsstreit beendigenden Gerichtshandlung, daß zwei Rechtssubjekte miteinander streiten. Zu einem Streit gehören zwei. Ist z. B. eine aufgelöste juristische Person, oder ein Verstorbener beklagt, oder treten diese durch einen falsus procurator als Kläger auf, so liegt nur der Schein eines Prozesses vor. Ein solches Urteil erfüllt nicht seine Aufgabe, die Beendigung des Rechtsstreits.

Das Urteil will Entscheidung sein. Nur die nach außen in Erscheinung tretende Handlung kann aber diese Aufgabe erfüllen. Das Urteil muß also den Streitenden bekannt werden. Hierfür hat das Gesetz die Form der Verkündung in öffentlicher Verhandlung vorgeschrieben, bei den durch schriftliche Mitteilung ergehenden Urteilen die Zustellung an die Parteien. Bevor die Entscheidung bekannt gegeben wird, ist sie, was verschiedentlich[7]) mit Recht hervorgehoben wird, allein ein Internum der Behörde, das jederzeit von dieser abgeändert werden kann. Erst mit der Bekanntgabe in ihren vorgeschriebenen Formen erlangt die Entscheidung Geltung nach außen und wird für die Behörde unabänderlich. Die Bekanntgabe ist ein jeder Gerichtshandlung, die in bezug auf außenstehende Personen ergeht, wesentliches Begriffsmerkmal. Erst nach der Bekanntgabe ist also ein Urteil im Sinne der Prozeßgesetze vorhanden, mag auch schon vorher geurteilt sein. Es ist klar, daß die Entscheidung nicht im Augenblick gefällt, sondern daß sie schon vor der Bekanntgabe von den Gerichtspersonen gefaßt worden ist. Das hindert jedoch nicht, erst mit der Bekanntgabe diesen bis dahin internen Akt des Gerichts als Gerichtshandlung, als Urteil anzusehen. Der

7) Z. B. Rosenberg III. Aufl. S. 169.

anscheinend entgegenstehende Sprachgebrauch des Gesetzes (§ 309 ZPO.) erklärt sich einmal aus der ungenauen Terminologie der Zivilprozeßordnung, dann aber auch daraus, daß regelmäßig schon vor Verkündung etwas vorliegt, was mit der Verkündung zum Urteil wird. Es ist aber schwer, diesem Vorstadium des Urteils eine eigene prägnante Bezeichnung zu geben.

4. Nicht alle diese Erfordernisse sind aber dem gesetzlichen Urteilsbegriff wesentlich.

§ 551 Ziff. 7 (ebenso § 1041 Ziff. 5 ZPO.) zeigt, daß ein auf die Urteilsnorm beziehbares Handeln, das ohne Gründe ergangen ist, voll wirksam ist. Nun ergeben aber oft — besonders bei klageabweisenden Urteilen — erst die Gründe, welchen Inhalt die Entscheidung hat, worüber entschieden ist. Das Urteil bleibt dann notwendig unklar. Trotz alledem sieht das Gesetz die Handlung als Urteil an, ja diese Normwidrigkeit führt nicht einmal zur Wiederaufnahme des Verfahrens. Das Urteil hat den Streit beendet. Ungewiß bleibt jedoch der Inhalt des Erkenntnisses, worüber durch die Streitbeendigung entschieden worden ist. Trotzdessen wird die Handlung als Urteil angesehen. Das Gesetz stellt also nicht auf die Klarheit des Inhalts der Entscheidung in bezug auf die Streitsache, sondern auf die Klarheit des Inhalts in bezug auf die Beendigung des Streits ab. Insofern stimmt das Gesetz mit dem aus der Aufgabe des Urteils gewonnenen Ergebnis überein. Hieraus muß umgekehrt geschlossen werden, daß auch das Gesetz Handlungen, die nichts über die Streitbeendigung aussagen, nicht die Bezeichnung als Urteil gewährt. Sie sind Nichturteile. Die Streitbeendigung muß sich irgendwie klar aus dem Erkenntnis ergeben. Eine im Tenor enthaltene Unklarheit kann durch die Gründe Aufklärung finden.

Das Vorliegen eines echten Streites dagegen ist nicht Erfordernis für den gesetzlichen Urteilsbegriff. Dies zeigen die §§ 551 Ziff. 5, 579 Ziff. 4 ebenso 1041, Ziff. 3 ZPO. Es genügt dem Gesetz, daß nur der Schein eines Prozesses vorliegt. Ist ein Rechtsstreit ohne Wissen eines Rechtssubjekts von einem falsus procurator geführt worden, so ist das Erkenntnis für den Unbeteiligten voll wirksam. Nach Ablauf der Frist der Nichtigkeitsklage kann der Vertretene nichts mehr gegen das Urteil unternehmen. Zwischen dem

Vertretenen und der anderen Partei lag aber nur ein Scheinprozeß vor, da ersterer überhaupt nicht an dem Prozeß unmittelbar beteiligt war. Und doch ist das Erkenntnis ihm gegenüber ein Urteil. Es schließt den in den Formen eines Prozesses geführten Scheinprozeß ab.

Das gleiche gilt, wenn die Klage völlig unklar ist. Auch dann kommt zwischen den Parteien kein Prozeßrechtsverhältnis zustande. Es wird dieser Scheinprozeß aber durch Urteil, sei es klagabweisend oder klagzusprechend, beendet.

Mit dem gesetzlichen Urteilsbegriff stimmt dagegen wieder überein, daß das Erkenntnis erst durch Bekanntgabe nach außen, in der Regel durch Verkündung, den Namen eines Urteils verdient.

5. Damit sind aber noch nicht die wesentlichen Begriffsmerkmale des Urteils erschöpft. Aus der Eigenschaft des Urteils als Gerichtshandlung ergibt sich, daß es Staatsakt sein muß, also dem Staat zurechenbar ist. Dies ist es aber nur durch ein „taugliches" Subjekt. Dieses repräsentiert den Staat, und die Handlung ist eine Gerichtshandlung, wenn der Staat es sich gefallen lassen muß, daß er als repräsentiert angesehen wird. Das genügt aber, damit das Subjekt als tauglich erscheint.

Gleichzeitig zeigt § 313 ZPO., daß nur der Inhaber eines Richteramtes zum Erlaß eines Urteils qualifiziert ist, daß also nur die richterliche Tätigkeit infolge des handelnden Subjektes normbeziehbar ist.

Hiermit ist aber noch nichts darüber gesagt, wann ein Subjekt als Richter anzusehen ist. In der Literatur sind mehrfach Fälle behandelt worden, in denen eine Person als Richter gehandelt hat, die überhaupt nicht zum Richter bestellt war. Auf sie soll nur kurz eingegangen werden. Im allgemeinen wird unterschieden:

1. Die handelnde Person ist nicht zum Richter bestellt,
2. sie ist zwar Richter, jedoch nicht für Gerichte dieser Art, z. B. Amtsgerichte bestellt,
3. sie ist zwar in abstracto für diese Art von Gerichten, aber nicht in concreto für das Gericht, an dem sie tätig ist, bestellt.

Diesen Fällen ist gemeinsam, daß niemals eine Übertragung des Richteramtes an dieser Behörde erfolgt ist, als

deren „Organ" der Handelnde tätig wurde. Jellinek[8]) nennt alle solche Handlungen absolut nichtig. Abgesehen von der unzutreffenden, und die Trennung von Staatsakt und Nichtstaatsakt verwischende Terminologie Jellineks ist das Ergebnis zutreffend. In Einzelfällen ist aber dem Ergebnis dennoch nicht zuzustimmen. Es sind Fälle denkbar, in denen ein Richter lange Zeit als Organ einer Behörde tätig ist, ohne daß er zum Organ an dieser Behörde ernannt worden ist. Da nun jeder Beamte nur durch Ernennung Beamter wird, und der Beamte auch nur für eine bestimmte Behörde ernannt wird, so hätte hier unter Umständen jahrelang ein Nichtrichter Urteile gefällt, die sämtlich Nichturteile wären. Dieses Ergebnis widerstreitet aber dem Rechtssicherheitsgedanken in schärfster Weise. Eine Person, die jahrelang das Amt ausgeübt hat, soll nunmehr als Nichtrichter angesehen werden, ihren Akten daher die Geltung versagt werden. Eine denkbar große Rechtsunsicherheit hinsichtlich der entschiedenen Prozesse wäre die Folge. Das Rechtssicherheitsbedürfnis erfordert daher gebieterisch die Gültigkeit aller dieser Handlungen, mag man auch das Gericht als nicht ordnungsmäßig besetzt ansehen. Die Stärke dieses Bedürfnisses, manifestiert sich auch in § 1317 BGB. Hier muß eine juristische Konstruktion helfen, diesem Rechtsschutz- und Rechtssicherheitsbedürfnis gebührend Rechnung zu tragen. Es ist daher ein stillschweigender Ernennungsakt anzunehmen, wenn das Organ längere Zeit unter Billigung der vorgesetzten Behörde tätig war.

6. Hier verdienen auch die Willensmängel in der Person des erkennenden Organs eine kurze Betrachtung. Der Fall des geisteskranken Richters ist oft als ein reiner Schulfall hingestellt worden, jedoch mit Unrecht. Oetker[9]) berichtet von der Mitwirkung eines geisteskranken Richters bei Berliner Strafkammerverhandlungen. Im Gegensatz zu Nußbaum,[10]) Friedländer,[11]) Michel,[12]) Jelli-

8) S. 54.
9) Rechtsgang, Bd. 1, S. 13.
10) S. 13.
11) S. 349.
12) S. 54.

nek[13]) u. a. sieht Oetker die Handlung des geisteskranken Richters als Nichturteil an. Es sei ein nihil actum. Damit hat Oetker den zivilrechtlichen Begriff der Geschäftsfähigkeit und seine Bedeutung auf Willenserklärungen in das öffentliche Recht übertragen. Eine solche Übertragung ist grundsätzlich bedenklich. Das Ergebnis mag zwar im ersten Augenblick der Billigkeit entsprechen. Den Akten eines geisteskranken Richters ist kein Vertrauen entgegenzubringen. Es besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, daß sie unrichtig sind. Schließlich hat aber jede Partei in der Regel die Möglichkeit, Entscheidungen dieser Art anzufechten. Sind sie wirklich unrichtig, dann werden sie auch in der Rechtsmittelinstanz berichtigt werden. Die Partei hat also Mittel, die unrichtige Handlung zu beseitigen. Das Bedürfnis, das zur Annahme einer Nichtgerichtshandlung führen müßte, ist also keineswegs so stark als es zunächst scheint. Dagegen ist es für die Rechtssicherheit, die im Gesetz ohnehin eine starke Betonung erfahren hat, welchem wir daher grundsätzlich Folge leisten müssen, ein unmögliches Ergebnis, wollte man alle diese Handlungen für rechtlich bedeutungslos ansehen. Heillose Verwirrung wäre damit die Folge. Dies spricht gegen die Annahme einer Nichtgerichtshandlung und muß auch den Ausschlag geben. Willensmängel führen also grundsätzlich nicht dazu, daß die Handlung dem Staat nicht als zurechenbar anzusehen ist. Hierfür spricht auch § 34 und § 124 GVG.

In ähnlicher Weise ist der Fall zu lösen, daß das erkennende Organ während der Verhandlung geschlafen hat, oder der Richter hypnotisiert worden ist. Ein Fall der tiefen Hypnose ist jedoch dem der vis absoluta gleichzustellen. Nicht die Gerichtsperson, sondern die dritte, außenstehende Person hat gehandelt. Die Handlung ist nicht Gerichtshandlung. Der vis absoluta ist die schwere Bedrohung mit Gefahr für Leib und Leben gleichzustellen. Jellinek[14]) hebt richtig hervor, daß es der Würde des Gerichts als eines Staatsorgans nicht entsprechen würde, wenn solche Handlungen dem Staate zurechenbar wären. Entscheidungen die nur zum Schein erlassen sind, können nur dann als Nichtgerichtshandlungen angesehen werden, wenn die Si-

13) S. 60.

14) Verwaltungsrecht, S. 268.

mulation des handelnden Staatsorgans den Beteiligten offen erkennbar ist, sei es, daß sie am Biertisch erfolgt oder die Handlungen in nicht gehörigen Formen ergehen. Andernfalls müssen auch sie als Staatsakte angesehen werden.

7. Auf die Zuständigkeitsverletzungen soll hier nur ganz kurz eingegangen werden. Sie ergeben sich aus dem Objekt der Handlung und betreffen die Frage, ob diese Normwidrigkeit die Tätigkeit zur Nichtgerichtshandlung macht. Für die örtliche Zuständigkeit ist diese Frage eindeutig durch das Gesetz geklärt. Sie führt nur zur Anfechtbarkeit der Gerichtshandlung. Anders die Verletzung der sachlichen Zuständigkeit. Hier sind strengere Anforderungen zu stellen. Hat ein niederes Gericht über eine einem höheren Gericht zukommende Rechtssache entschieden, so kann die Entscheidung nicht als Urteil angesehen werden, mag sie auch dem Staate zurechenbar sein.

Die Entscheidung über eine überhaupt nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörende Rechtssache führt gleichfalls dazu, daß die Handlung nicht als Urteil anzusehen ist. Es wird zum Beispiel durch Urteil ein Jagdschein erteilt. Diese Normwidrigkeiten betreffen den auch in der Literatur mehrfach behandelten Fall der rechtlichen Unmöglichkeit. Jede Gerichtshandlung kann nur eine bestimmte Rechtsfolge haben. Ein Urteil kann nur Klagen abweisen oder der Klage zusprechen oder den Rechtsstreit für erledigt erklären. Wollte man nun ein Urteil eines Zivilgerichts, das ein Todesurteil gefällt hat, für gültig ansehen, so würde man an den Tatbestand eine Rechtsfolge knüpfen, die das Gesetz nicht kennt und damit rechtsschöpferisch tätig werden. Gerade dies ist aber dem Richter untersagt. Das Gericht hätte sich also eine Staatstätigkeit angemaßt, die ihm nicht zukommt. Diese Betrachtung zeigt, daß Jellinek[15]) darin Recht hat, wenn er die Gültigkeit der Handlung auf das in dem Tenor enthaltene Erkenntnis abstellt. In dem Tenor ist die Rechtsfolge enthalten und nur in ihm. Nur auf den Tenor kommt es also an, wenn wir die Entscheidung darauf prüfen, ob sie etwas rechtlich Unmögliches enthält und diesetwegen als Nichtgerichtshandlung angesehen werden soll.

---

15) S. 89 f.

8. Jede Staatstätigkeit hat in einer bestimmten Form zu ergehen. Diese ist streng innezuhalten. Der Grund dieses scheinbaren Formalismus ist das Bedürfnis nach klaren und unzweifelhaft als Urteil erkennbaren Handlungen. Aus Rechtssicherheitsgründen hat er also für die Staatstätigkeit eine hohe Bedeutung.

Der wichtigste Teil des Urteils ist das Erkenntnis, der Tenor. Fehlt dieser, so liegt überhaupt kein Urteil vor, denn Aufgabe dieser Handlung ist es ja, Erkenntnis, Entscheidung zu sein. Von einem Fehlen des Erkenntnisses kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn sich der Ausspruch des Gerichts an anderer Stelle des Urteils vorfindet, z. B. wenn sich das Erkenntnis völlig zweifelsfrei aus den Gründen ergibt. Nicht zu den begriffswesentlichen Erfordernissen gehören dagegen Tatbestand und Gründe, was schon das Gesetz ergibt. Dagegen ist wiederum das Hervortreten der Handlung nach außen unbedingt erforderlich, was wir schon betont hatten. Die hierfür ergangenen Formvorschriften — Verkündung und schriftliche Mitteilung — sind streng innezuhalten, wie alle Formvorschriften im öffentlichen Recht und nicht durch einander ersetzbar.

Nach unserer Auffassung ist es dagegen nicht erforderlich, daß die Urteilsurkunde von den Richtern unterschrieben ist.

Eine weitere Frage ist es, ob gegen solche Scheinurteile, die nicht die wesentlichen Erfordernisse des Urteilsbegriffs erfüllen, Rechtsmittel zuzulassen sind. Nach unserer Auffassung ist die Zulassung von Rechtsmitteln gegen ein Nichturteil begrifflich unmöglich. Dennoch müßte man aber etwas derartiges annehmen, wenn ein starkes Rechtsschutzbedürfnis Dritter vorhanden wäre. Dieses leugnen wir. Die Partei, die eine Handlung als Nichturteil ansieht, hat die tatsächliche Möglichkeit gegen diese ein Anfechtungsmittel einzulegen. Dieses müßte nach unserer Auffassung als unzulässig verworfen werden,[16]) weil kein Tatbestand vorliegt, der anfechtbar ist. Hierdurch könnten der Partei jedoch Kosten entstehen. Den Ausgleich stellt § 6 Abs. 1 GKG. her, der auch hier zum mindesten analog Anwendung zu finden hätte. Der Partei wäre also Gebühren- und Auslagenfreiheit zu gewähren.

16) Ebenso Wurzer. S. 188 f.

C. Einige Fälle des nichtigen Urteils.

1. Neben diesen Normwidrigkeiten, die den Charakter der Handlung als eines Staatsaktes, oder einer Gerichtshandlung oder eines Urteils (Endurteils) beeinflussen, gibt es jedoch noch solche, die sich gegen den Inhalt der Gerichtshandlung wenden. Diese Richtung der Normwidrigkeit könnte grundsätzlich zur Unwirksamkeit, also zur Nichtigkeit der Gerichtshandlung führen.

Es ist eigenartig, daß nur wenige Schriftsteller näheres darüber sagen, was sie unter Nichtigkeit verstehen. Der Begriff wird nun aber in verschiedenem Sinne verstanden und die Abweichungen der einzelnen Meinungen lassen sich oft aus der verschiedenen Terminologie erklären. Oft scheint der sachliche Streit nur ein Streit um die Bezeichnung zu sein; Hellwig bezeichnet z. B. ein Urteil, das eine nicht bestehende Ehe scheidet, als einen Schlag ins Wasser; im Gegensatz zu Wach, der das Urteil nicht für nichtig hält, wobei aber nach seiner Auffassung ein nichtiges Urteil nicht ohne jede Wirkung zu sein braucht. Ist eine Handlung vorhanden, die als Urteil zu bezeichnen ist, dann ist damit noch nicht gesagt, daß diese Handlung ihrem Inhalt nach Wirkungen äußert, z. B. die nicht bestehende Ehe auch wirklich scheidet. Wir hatten oben ausgeführt, daß sachliche Inhaltswirkungen dem Urteilsbegriff nicht wesentlich sind. Auch eine in bezug auf die Streitsache wirkungslose Handlung verdient Urteil genannt zu werden, wenn sie nur den Prozeß beendigt. Die Frage, ob eine Entscheidung besteht, und ob diese Entscheidung sachliche Wirkungen äußert, sind daher von einander zu trennen. Die Wirkungen, die lediglich vom Bestand der Entscheidung abhängen, treten notwendig mit dem Erlaß eines Urteils ein, die anderen nicht. Fehlen die sachlichen Inhaltswirkungen, dann soll das tatbestandlich bestehende Urteil als nichtig bezeichnet werden.[17])

2. Wie die Darstellung der gesetzlichen Behandlung der fehlerhaften Gerichtshandlung ergab, kennen die Prozeß-

---

17) Aehnl. Kisch, LZ. 1923, Sp. 625 ff; Rosenberg, Lehrb. III. Aufl. S. 225. Aehnlich auch Hein, S. 320, der das Wesen der Nichtigkeit darin sieht, daß die Entscheidung ihrem sachlichen Gehalte nach rechtsungültig ist, obwohl die Entscheidung tatbestandlich besteht.

gesetze keine nichtigen Urteile, im Gegensatz zum römischen Recht, das ursprünglich einen Instanzenzug nicht kannte, weil es, zurückgehend auf Schiedsgericht und Schiedsvertrag der Parteien, das Urteil gleich einem Schiedsspruch sofort rechtskräftig werden ließ. — Anders die decreta des Magistrats, die, wie daher auch die Anordnung des iudiciums, von altersher der appellatio oder intercessio, sowie der in integrum restitutio unterlagen. Dafür kannte es von altersher ähnlich dem fränkischen Recht die Nichtigkeit von Urteilen. Man bedurfte daher auch nicht der Rechtsmittel, denn die nichtigen Urteile waren ja rechtlich bedeutungslos. Ihnen gegenüber konnte man sich verteidigen, als wären sie nie gewesen. Von diesem Standpunkt war das Kanonische und gemeine Recht langsam abgegangen. Das gemeine Recht kannte später eine Nichtigkeitsbeschwerde, die bis auf die jüngste Zeit ihre Wirkungen zeitigte, die es aber heute nicht mehr gibt.

Heute führen die zahlreichen Nichtigkeitsgründe des römischen Rechts (Bestechung des Richters usw.) im allgemeinen zur Wiederaufnahme des Verfahrens und auch diese Mängel werden durch Zeitablauf geheilt.

Hieraus entnehmen eine Reihe namentlich älterer Autoren, so z. B. Struckmann-Koch,[18]) v. Bülow,[19]) Weismann,[20]) Hellwig,[21]) neuestens auch Wurzer,[22]) daß es keine nichtigen im Sinne von absolut unwirksamen Urteilen gebe. Anders die herrschende Meinung, von der wir nur Skedl,[23]) Sein-Jonas,[24]) Wach,[25])

---

18) Kommentar z. ZPO.

19) Bülow, Wiederaufnahme des Verfahrens. Arch. f. z. Prax. Bd. 63, S. 130.

20) Lehrb. Bd. I, S. 313.

21) Klagrecht und Klagmöglichkeit. S. 78.

22) Wurzer, Nichturteil und nichtiges Urteil. S. 18 f.

23) Urteilsnichtigkeit im österreichischen Prozeßrecht. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 14, S. 81 ff.

24) § 322 und Anm. 1 vor § 578.

25) Handbuch, S. 36.

Oetker,[26]) L. v. Seuffert,[27]) Fischer,[28]) Jellinek,[29]) Rosenberg[30]) nennen.

Richtig bezeichnet Fischer[31]) die Aufstellung von Nichtigkeitsgründen als Lückenausfüllung, da das Gesetz sie nicht kennt.[32])

3. Als Fälle der Urteilsnichtigkeit werden vor allem die verschiedenen Unmöglichkeiten bezeichnet. Wach[34]) teilt sie in tatsächliche, rechtliche, sittliche und logische Unmöglichkeit und erklärt ein mit einer derartigen Normwidrigkeit behaftetes Erkenntnis für nichtig, weil solche Urteile gegen die Logik verstießen. Hiergegen hat sich vor allem Fischer[35]) gewandt. An Hand einiger drastischer Beispiele[36]) hat er auch die Unannehmbarkeit der Wachschen Theorie in ihrer praktischen Auswertung überzeugend dargelegt. Ihm ist darin Recht zu geben, daß nach der positiven Gestaltung des Prozeß- und des bürgerlichen Rechts die Verurteilung zu etwas tatsächlich Unmöglichem nicht nur Bedeutung für die Beendigung der Instanz hat, gleichgültig, ob objektive oder subjektive Unmöglichkeit, und ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit besteht. Die sachliche Wirkung eines solchen Erkenntnisses besteht darin, daß es die Leistungspflicht des Schuldners feststellt und damit im Falle der Nichtleistung einen bequemen Übergang zur Verurteilung des Schuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bildet.[37]) Grund-

---

26) Konkursrechtl. Grundbegriffe, I. S. 47.

27) Kommentar, Anm. 1 zu § 579.

28) Urteilsnichtigkeit S. 22.

29) Fehlerhafte Staatsakt, S. 101.

30) Lehrb. III. Aufl. S. 225.

31) Urteilsnichtigkeit, I, S. 17.

32) A. A. Friedländer S. 340, der behauptet, der Begriff der absoluten Nichtigkeit sei von dem Gesetzgeber keineswegs ignoriert wenn auch lange nicht mit der genügenden Sorgfalt und Klarheit behandelt worden.

34) Rh. Z. Z. Bd. 6. S. 366 ff.

35) Urteilsnichtigkeit. 1. und 2. Beitrag.

36) Fischer, 2. Beitrag, S. 25/26.

37) 2. Beitrag, S. 31/23.

lage seiner Auffassung ist, daß das dem Anspruch zugrunde liegende Schuldverhältnis nicht durch die Unmöglichkeit der Leistung, auf die das Schuldverhältnis abzielt, nicht etwa nicht vorhanden, sondern nur beschränkt wirkungslos, nichtig, ist.

Das auf eine tatsächlich unmögliche Leistung erkennende Urteil ist daher als voll wirksam anzusehen,[38]) wenn auch durch Zwangsvollstreckung die Leistung nicht erzwungen werden kann. Letzteres kann aber auch in anderen Fällen eintreten, z. B. bei Vermögensverfall.

Die logische Unmöglichkeit eines Erkenntnisses, d. h. daß der Ausspruch in sich nicht sinnvoll ist, hat einmal für den Charakter der Handlung als Gerichtshandlung Bedeutung. Ergibt sich die Instanzbeendigung nicht klar aus dem Urteil, dann handelt es sich um ein Nichturteil.

Die den Inhalt der Entscheidung betreffende Sinnlosigkeit führt naturgemäß zu keiner sachlichen Wirkung. Das Urteil, das mit diesem Fehler behaftet ist, verdient daher mit Recht den Namen eines nichtigen Urteils.

Die ethische Unmöglichkeit ist nur insoweit von Bedeutung, als sie, was auch Fischer[39]) betont, zu einer rechtlichen erhoben ist.

Die rechtliche Unmöglichkeit führt in den oben genannten Fällen zum Nichturteil. In anderen Fällen ist es aber auch denkbar, daß sie nur die Inhaltswirkung beeinflußt. Dann liegt die rechtliche Unmöglichkeit aber nicht mehr in dem Ausspruch, sondern in dem Inhalt des Ausspruchs.

Andere Fälle der Nichtigkeit sind solche, in denen eine tatsächlich nicht bestehende Ehe geschieden wird und dergleichen. Jedoch sind diese Fälle den anderen nicht völlig gleich, weil die Wirkungslosigkeit auf einem tatsächlichen Nichtbestehen der anscheinend gestalteten Rechtsverhältnisse beruht. Hein[40]) trennt sie daher mit Recht von den Fällen der echten Nichtigkeit.

---

38) Rechtsprechung und Literatur ausführlich bei Fischer. 1. Beitrag, S. 8 ff.

39) Fischer, 2. Beitrag, S. 8 f.

40) Hein, Identität der Partei. S. 347.

4. Von den möglichen Fehlerhaftigkeiten der übrigen Gerichtshandlungen soll die Zuständigkeitsverletzung eines, einen Pfändungsbeschluß erlassenden Gerichts herausgegriffen werden. Nach herrschender Auffassung ist die Verletzung der Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit Nichtigkeitsgrund.[41]) Wir können uns dieser Auffassung nicht anschließen. Das Reichsgericht geht bei seiner Entscheidung in Seufferts Archiv Bd. 38, Nr. 196 davon aus, daß sich objektiv feststellen läßt, welches Gericht zuständig ist. Die Entscheidung dieser Rechtsfrage hängt jedoch oft von der subjektiven Beurteilung der Sachlage ab, z. B. ob das tatsächliche Wohnen zur Begründung des Wohnsitzes geführt hat, und ob damit das Gericht zuständig geworden ist. Wir haben schon oben festgestellt, daß sich niemals mit absoluter Gewißheit eine Rechtslage feststellen läßt. Schon der Ausgangspunkt des Reichsgerichts ist daher nicht zutreffend. Im Ergebnis führt die Entscheidung aber dazu, daß beliebig viele Gerichte Pfändungsbeschlüsse erlassen können, und nun jedes spätere Gericht auf dem Standpunkt stehen kann, daß das erste örtlich unzuständig war, der Pfändungsbeschluß also zu keiner wirksamen Beschlagnahme geführt hat. Über beliebig viel Beschlüsse können also beliebig viel spätere Gerichte urteilen und feststellen, daß sie, weil von einem unzuständigen Gericht erlassen, nichtig sind. Das praktische Ergebnis ist, daß keine Pfändung mit Gewißheit zur Beschlagnahme führt, da sie jederzeit durch einen zulässigen, unter Umständen auch irrigen Ausspruch eines anderen Gerichts wirkungslos gemacht werden kann. Dieses Ergebnis ist deswegen unannehmbar, weil es dem im Gesetz an vielen Stellen scharf betonten Rechtssicherheitsgedanken und den ihm zugrundeliegenden Gedanken der Autorität der Gerichte zuwiderläuft.

Daher tritt auch Fürst[42]) mit Recht dafür ein, daß die Verletzung der Zuständigkeitsbestimmungen nicht zur Nichtigkeit führt, vielmehr überhaupt keine Wirkungen hin-

41) Vergl. RGZ. 61, 331. Rechtspr. d. Oberlandesger. 7, 312, OLG. Darmstadt.

42) Die ausschließliche Zuständigkeit in der Zwangsvollstreckung, in der Ztschr. f. d. Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau. 40. Jahrg. 1928. Nr. 1, Sp. 80—89.

sichtlich einer Minderung der Inhaltswirkungen äußert. Dann aber muß man einem Pfändungsbeschluß die Kraft geben, ein unzuständiges Gericht zu einem zuständigen zu machen. Dies ist jedoch eine Rechtskraftwirkung, die sich auf die Prozeßlage bezieht.[43])

Hiermit soll der zweite Abschnitt seinen Abschluß finden. Eine eingehende Untersuchung über diese Fragen findet sich auch bei Sauer[44]), Grundlagen des Prozeßrechts, auf die hier nur verwiesen werden kann, der wir aber keinesfalls in ganzem Umfang beitreten.

Diese zuletzt behandelte Frage leitet uns zu dem nächsten Hauptteil über.

IV. Das Rechtskraftproblem.

1. Im folgenden Abschnitt ist die Wirkung der Fehlerhaftigkeit einer Gerichtshandlung auf die materielle Rechtslage zu untersuchen. Ist die fehlerhafte Gerichtshandlung völlig wirkungslos oder noch abänderbar, gleichgültig, ob auf Antrag oder von Amts wegen, so ist eine endgültige Einwirkung auf die Rechtslage ausgeschlossen. Nur die formell rechtskräftigen, d. h. durch ordentliche Rechtsbehelfe nicht mehr anfechtbaren, insoweit unabänderlichen und der Rechtskraft fähigen Gerichtshandlungen, wie auch die, bei denen eine Änderung aus anderen Gründen rechtlich unmöglich ist, z. B. der Zuschlag in der Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher, können solche Wirkungen äußern. Nicht rechtskräftige Entscheidungen können höchstens vorläufig auf die materielle Rechtslage einwirken und durch die Rechtskraft der Entscheidung bedingte (aufschiebend bedingte) Rechtswirkungen hervorrufen. Auf die Rechtslage wirken jedoch nicht nur die Entscheidungen ein, die über ein subjektives Recht erkennen, wie ein Leistungsurteil, sondern auch z. B. Prozeßurteile. Ein die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts rechtskräftig abweisendes Urteil betrifft insofern die materielle Rechtslage, als es die Möglichkeit ausschließt, den Rechtsstreit an diesem Ort

43) Anders die herrschende Meinung, die nur Sachentscheidungen als der Rechtskraft fähig ansieht. Vergl. für alle Fischer: Recht und Rechtsschutz. S. 137.

44) S. 437 ff.

zu führen. Auf die materielle Rechtslage können daher die Gerichtshandlungen nicht unmittelbar einwirken, die lediglich dem Fortgang des Prozesses dienen, wie die Terminsbestimmung oder die Protokolle.

Eine Wirkung auf die materielle Rechtslage besteht nun sowohl bei richtiger, als auch bei unrichtiger Gerichtshandlung. Jede unmittelbar die Rechtslage betreffende Entscheidung gestaltet sie im Zeitpunkt des Unabänderlichwerdens.[1]) Darüber hinaus ist es aber umstritten, ob im besonderen dem unrichtigen, allgemein, dem fehlerhaften Urteil Gestaltungskraft innewohnt. Bedeutsam wird die Frage vor allem bei unrichtigen Leistungs- und Feststellungsurteilen. Die materiell rechtliche und die prozeßrechtliche Auffassung vom Wesen der materiellen Rechtskraft stehen in diesem Punkte sich nun schon jahrzehntelang befehdend gegenüber, ohne daß eine in Rechtsprechung und Wissenschaft gleichmäßig herrschende Meinung sich herausgebildet hat. Von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung dieser Streitfrage ist die Auffassung vom Wesen des Prozesses. Zeigt es sich nämlich, daß der Prozeß wesentlich Gestaltungsverfahren ist, und daß dem Urteil regelmäßig Gestaltungskraft in den verschiedensten Ausmaßen zukommt, so erscheint der Gedanke, daß auch das unrichtige Urteil die materielle Rechtslage beeinflußt, keineswegs völlig abwegig. Von dieser Erkenntnis bis zur Annahme der Wirkung des unrichtigen Urteiles als Entstehungsgrund von Ansprüchen ist dann nur noch ein kurzer Schritt, für den in erster Linie Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend sein müssen, und nicht die konstruktiven Gründe einer formalen Logik.

2. Die Grundlage der Auffassung vom Wesen des Prozesses als Rechtsgestaltungsverfahren ganz allgemein bildet die Ansicht über das Wesen des Rechts.[2]) Der Verfasser

1) Dagegen die herrschende Meinung, die den Kreis der materiellen Rechtskraft fähigen Entscheidung wesentlich enger faßt.

2) Unrichtig Husserl, S. 1 unter Bezugnahme auf Beling, Rechtswissenschaft und Philosophie 1923, S. 12, der die Frage nach dem Wesen des Rechts als eine metajuristische, nicht von dem Juristen zu beantwortende ansieht. Es mag sein, daß der Jurist im Regelfalle nicht zu dieser Frage Stellung zu nehmen braucht. Bei allen grnndlegenden Problemen ist jedoch das Eingehen hierauf auch von dem Juristen nicht zu vermeiden.

neigt einer idealen Auffassung vom Wesen des Rechts zu. In Anlehnung an Binder[3]) wird der Begriff des Rechts wie folgt formuliert: Recht ist, was den tatsächlich auftretenden Rechtssätzen ihren Charakter als Recht verleiht. Die Aufgabe der tatsächlich bestehenden Rechtssätze ist es, eine Ordnung der erheblichen Beziehungen der Rechtssubjekte zu sein. Soweit sie durch das Recht geordnet sind, sind sie auch rechtserheblich.

Die positive Rechtsordnung wurzelt darin, daß der Streit mißfällt. Es müssen also Ordnungen gesucht und gefunden werden, die geeignet sind, gegebenenfalls durch äußeren Zwang der Herstellung einer Gemeinschaft zu dienen. Das ist der wesentliche Inhalt der Idee des Rechts in ihren verschiedenen Formulierungen. Die äußere Rechtsordnung gewinnt also ihren Charakter als Rechtsordnung aus der Rechtsidee, die wiederum nur als Negation der Unordnung zu einem bestimmten Zwecke, der Herstellung einer Gemeinschaft, erscheint. Das Recht wurzelt damit in der Ethik und erfüllt durch Gewährung eines gerechten Interessenausgleiches den Ordnungszweck.

Mit Recht betont Binder[4]) daß zu dieser Rechtsordnung keine besondere Rechtsschutzordnung hinzutritt.[5]) Bestände diese, so könnte ihre Aufgabe gleichfalls nur darin bestehen, Ordnung zu schaffen. Rechtsschutzidee und Rechtsidee wären einander gleich, weil bei den Ordnungen die gleiche Aufgabe zukäme. Das zeigt, daß es keine zu der Rechtsordnung akzessorische Rechtsschutzordnung geben kann, sondern daß das Recht gleichzeitig Rechtsschutz ist. Das Recht bedarf keines Schutzes. Es ist sein eigener Schutz und der von Gütern und Werten der verschiedensten Art, die durch die Rechtsordnung als schutzwürdig[6]) anerkannt sind.

Von diesem Standpunkt aus fällt das ganze künstliche Gebäude des Rechtsschutzanspruches in seinen verschiedenen Formulierungen als inhaltlos zusammen.[7])

---

3) Rechtsphilosophie, S. 410.

4) Rechtsphilosophie S. 651 ff.

5) Sie würde vor allem für den Zivilprozeß bedeutsam werden.

6) Binder, Rechtsphilosophie, S. 653.

7) Die hauptsächlichsten Vertreter des Rechtsschutzanspruches sind Wach und Hellwig.

Wir sind der Auffassung, daß die objektive Rechtsordnung, d. h. die Summe der Rechtssätze geschlossen ist, mag auch das geschriebene Recht nicht auf jeden Fall unmittelbar Anwendung finden können. Es ist ein Unding, behaupten zu wollen, daß die abstrakten Rechtssätze nun betrachtende Vorgang ihnen ohne jede Schwierigkeit subsummiert werden kann. Dazu ist das Leben zu vielgestaltig, als daß jede Erscheinung säuberlich und buchstabengetreu unter einen abstrakten Rechtssatz passen würde, so daß der Richter, der diese Unterordnung vorzunehmen hat, eine bloße „Subsumtionsmaschine“ [8]) wäre. Der Richter muß aber in jedem Fall eine Entscheidung treffen, einen Schluß aus der objektiven Rechtsordnung auf das Bestehen einer subjektiven Rechtslage zielen. Es ist seine Aufgabe das Gesetz derart zu interpretieren, daß es auf jeden Fall paßt. Darin liegt aber die Kunst des Juristen, die oft bis zur Lückenausfüllung des geschriebenen Gesetzes zu gehen hat. Er muß unter Umständen den Obersatz selber bilden. [9]) Dabei — und das ist das wesentliche — geht der Richter nicht über die ihm verliehenen Befugnisse hinaus. Er entscheidet nicht gegen das Gesetz, sondern dem Gesetz entsprechend. Er wendet das Recht an, das sich aus dem geschriebenen Recht ergibt, wenn es auch nicht ausdrücklich in ihm enthalten ist. Er wendet also bestehendes, positives Recht an. Dieses subsumiert er. Oft kann er den Rechtssatz, den er anwendet, nur aus der Vergleichung nebenstehender geschriebener Rechtssätze finden. Immer ist die Entscheidung aber dem Geiste der Rechtsordnung entsprechend zu fällen, gleichgültig in welcher Weise deren Sinn Ausdruck gefunden hat. Der Richter wird also nicht als Schöpfer, sondern als Finder des Rechts tätig. [10])

Ist aber die objektive Rechtsordnung geschlossen, dann ist auch die subjektive, auf der objektiven Rechtsordnung beruhende Rechtslage objektiv immer eindeutig vorhanden, mag sie auch infolge unseres mangelhaften Erkennungsvermögens nicht immer zweifelsfrei von uns erkannt werden können. Nur über diese subjektive Rechtslage entscheidet

---

8) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909.

9) Binder, S. 993.

10) Binder, S. 994.

der Richter, mag er sie auch erst aus der objektiven Rechtsordnung finden.

3. Das objektive Bestehen von subjektiven Rechtsverhältnissen ist aber nicht zweifelsfrei. Es wird u. a. von Sauer[11]) vollständig geleugnet, der hierauf aufbauend den Prozeß als Gestaltungsverfahren ansieht und grundlegende Folgerungen über das Wesen der materiellen Rechtskraft zieht.

Sauer geht von drei Gegensatzpaaren einer Betrachtungsweise aus. Nur der zweite Gegensatz: konkret prozessuale und abstrakte Betrachtungsweise gewinnt für seine Stellungnahme zu dieser Frage Bedeutung. Sauer behauptet, man könne die Rechtsnorm entweder als solche oder in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall betrachten. Für die erste Betrachtung interessiere die absolute Geltung der Rechtsnorm. Die zweite setze die Norm in Beziehung zu einem oder mehreren Einzelfälle, mag die Anwendung auch noch gar nicht im Prozeß praktisch werden. Die konkrete Betrachtungsweise beschränke sich keinesfalls auf den Prozeß. Kaufverträge und Eigentumsübertragungen verschöben die objektive Rechtslage und realisierten die objektive Rechtsordnung nicht anders wie Gerichtsurteil und Zwangsvollstreckung. Das Privatrecht könne auch außerprozessual realisiert werden. Die Geltendmachung eines Privatanspruches könne ebenso gut durch Mahnung, Kündigung oder Aufrechnung erfolgen. Auch die konkrete Betrachtungsweise könne eine materiell-rechtliche und außerprozessuale sein.

Wo der Richter erst konkretes Recht schaffe, ohne daß generelles Recht zugrunde liege, da sei es nur in Fehlsprüchen. Diesen liege dann aber anderes generelles Recht zugrunde. Bei einer abstrakten Betrachtungsweise werde das objektive Recht betrachtet, sowie es ein jeder betrachten kann, bei der konkret-prozessualen hingegen werde ein (subjektives) Urteil über einen konkreten Fall abgegeben.

Sauer weist hierbei darauf hin, daß auch die erste Betrachtungsweise eben nur eine Betrachtung sei und uns über die wirkliche Existenz des Rechtssatzes nichts aussagen könne. Ehe eine konkrete Betrachtung stattfindet,

11) Grundlagen, S. 13 ff bes. S. 42, 44.

führe die abstrakte Norm ihr Dasein ohne Beziehung zum menschlichen Bewußtsein.

Dieser Gegenüberstellung kann, so viel Richtiges sie enthalten mag, jedoch nicht zugestimmt werden.

4. Der Ausgangspunkt Sauers für die „konkrete Betrachtungsweise" ist unzweifelhaft richtig. Diese Betrachtungsweise ist letzten Endes kein juristisches, sondern ein philosophisches Problem. Wir erkennen das objektiv Bestehende nur durch unsere Sinne. Diese vermitteln uns die Erkenntnis von dem Bestehenden, das also zunächst nur in unserem Innenleben existiert. Wir haben erkannt, daß eine Summe von Rechtssätzen vorhanden ist, die wir die objektive Rechtsordnung nennen.[12]) Diese abstrakten Sätze sagen etwas Rechtserhebliches über die Verhältnisse der Rechtssubjekte, ihre Beziehungen zueinander und zu den Gegenständen aus. So sagt beispielsweise § 985 BGB., daß der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann. Dieser Satz ist ein Teil des objektiven Rechts. § 985 BGB. bedeutet aber mehr. Weil dieser Rechtssatz besteht, kann jeder Eigentümer die Herausgabe seiner Sache vom Besitzer verlangen. Infolge dieses Satzes hat jeder Eigentümer dem Besitzer gegenüber eine Berechtigung, der Besitzer diesem gegenüber eine Verpflichtung. Obwohl eine solche Feststellung letzten Endes eine konkrete ist, weil von uns etwas (konkret) festgestellt ist, so ist sie doch insofern abstrakt, als das eine Mal das Bestehen dieses Satzes festgestellt wird, dann aber ebenso, ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall konstatiert wird, was dieser Satz ergibt. Das Ergebnis ist: es gibt Berechtigungen und Verpflichtungen, wenn Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Wann dies der Fall ist, kann naturgemäß nur durch Betrachtung von einzelnen Fällen festgestellt werden. Vorher hatten wir aber gefunden, daß diese Berechtigungen und Verpflichtungen objektiv bestehen. Es gibt also nicht nur eine objektive Rechtsordnung, sondern auf ihr beruhend und in ihr wurzelnd zahllose subjektive, weil zwischen Rechtssubjekten bestehende Rechtslagen. Diese bestehen

---

12) Richtig Husserl, S. 7 insoweit er von der Wirklichkeit des Rechts spricht. Abweichend u. a. v. Thur. Der allgem. Teil des bürgerl. Rechts. Bd. II, S. 3/4.

genau so objektiv ohne unser Wissen, und ohne unser Urteil, wie die objektive Rechtsordnung.[13])

5. Betrachten wir einen Fall, und prüfen wir, ob der X. die Herausgabe einer Sache vom Y. verlangen kann, weil der X. behauptet, er sei Eigentümer und der Y. Besitzer, so bilden wir uns ein Urteil über die Rechtsbeziehungen, die zwischen X. und Y. bestehen. Wir finden diese dadurch, daß wir den Sachverhalt unter den rechtlichen Obersatz subsumieren. In dem Urteil stellen wir aber nicht das Bestehen des abstrakten Rechtssatzes fest, sondern das Bestehen einer Rechtsbeziehung zwischen X. und Y., weil der abstrakte Satz besteht. Unser Urteil kann unrichtig sein. Die konkrete objektive Rechtslage kann anders sein, als unser Urteil. Aber sie „fristet nicht" ihr Leben in den Gehirnen der Gelehrten,[14]) sondern sie ist eine Realität, über deren Vorhandensein wir urteilen.

Richtig ist es aber, wenn Sauer[15]) sagt: Der Kläger müsse behaupten, nach meinem Urteil steht mir ein Anspruch zu. Auch die Klage enthält nur ein subjektives Urteil über das Bestehen einer Rechtsbeziehung, die davon unabhängig existiert. Es ist gleichfalls richtig, daß der Richter in dem Erkenntnis nur ein Urteil darüber abgibt, ob der Anspruch besteht oder nicht. Nicht zutreffend dagegen ist, daß ein solcher Anspruch abstrakt (absolut) niemals bestanden habe, wenn das Urteil ihn verneint. Nur wenn man das Bestehen von subjektiven Rechten leugnet, ist diese Auffassung vertretbar. Eine andere Frage ist, ob nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Anspruch, weil verneint, weiterbesteht.

6. Dieser Anspruch ist bei einer Leistungsklage in Streit befangen. Im Prozeß ist grundsätzlich das tatsächliche Vorbringen zu beweisen, das das Klagebegehren rechtfertigt. Das subjektive Recht selber steht also noch nicht unbestreitbar fest, sondern unter der „Rechtsbedingung des

---

13) Richtig Kelsen, Hauptprobleme S. 618 ff und Binder Rechtsnorm, S. 20, ebenso auch Husserl, S. 5, soweit sie ausführen, daß das subjektive Recht, was es rechtlich ist, allein durch das objektive Recht ist. Was besteht, ist aber sowohl das objektive als das subjektive, in dem objektiven Recht wurzelnde Recht.

14) Anders Sauer, Grundlagen. S. 62 ff.

15) Was man auf Grund der Ausführungen Sauers annehmen könnte.

Beweises".[16]) Ist Urteil nach Klageantrag ergangen, so ist das Recht in seinem Bestand gefestigt und gestärkt worden. Es hat eine Zustandsveränderung erfahren. Aus dem „hypothetischen, unter der Bedingung des Beweises stehenden Zustande" ist es in den „des Bewiesenseins" gerückt. Durch diese Veränderung ist es gestaltet worden. Insofern stellt daher der gesamte Prozeß und jede Sachentscheidung ein Gestalten der subjektiven Rechtslage dar, das seinen Grund in dem Charakter der Gerichtstätigkeit hat. Das Urteil ist zwar Rechtsvergewisserung, gerade aber dadurch Rechtsbefestigung und Rechtsbestärkung.

Darüber hinaus erfährt die Rechtslage durch den Prozeß noch weitere Gestaltungen. Rechtskräftig festgestellte Ansprüche verjähren in dreißig Jahren. Die im allgemeinen kürzere Verjährungsfrist wird durch die rechtskräftige Feststellung verlängert. Nach der rechtskräftigen Feststellung ist eine Zwangsbefriedigung möglich, während vordem der Gläubiger darauf angewiesen war, daß der Schuldner freiwillig leistete.

Der geltend gemachte Anspruch ist also nicht allein in die höhere Sphäre des Bewiesenseins gestiegen. Durch die rechtskräftige Feststellung ist er darüber hinaus in dieser und anderer Weise verändert worden. Diese weiteren Wirkungen hat man im Anschluß an Kuttner[17]) als privatrechtliche Nebenwirkungen des Urteils bezeichnet. Diese Bezeichnung verführt aber dazu, ihre Natur zu verkennen. Sie sind nicht nur Wirkungen, die an den Tatbestand des Urteils anschließen. Grundlage für ihr Auftreten bildet vielmehr auch die materielle Rechtskraft der Entscheidung.[18]) Durch ihr Hinzutreten haben sie zudem die Rechtslage verändert.

7. Der oben geführte Nachweis, daß die gesamte Rechtslage durch eine Entscheidung eine Zustandsveränderung erfährt, besagt aber noch nichts darüber, ob ein Richterspruch grundsätzlich fähig ist, private Rechte nicht nur zu befestigen, zu bestärken und zu verändern, sondern auch überhaupt erst zu schaffen.

---

16) Binder, Rechtsphilosophie, S. 696.

17) Nebenwirkungen.

18) Anders die herrschende Lehre. Vergl. Rosenberg, Lehrb. III. Aufl. S. 514.

Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Der Richterspruch ist im Gesetz als Erwerbstitel für dingliche Rechte vorgesehen. Darüber hinaus gestaltet sie aber auch private Rechtsbeziehungen und bildet so den Entstehungsgrund für obligatorische Rechtsverhältnisse, wie sie auch solche untergehen läßt.

Erinnert sei nur an den Zuschlag in der Zwangsversteigerung, der das Eigentum und — nach der Lage des Falles — an der Sache bestehende dingliche Rechte untergehen und ein neues Eigentum in der Person des Ersteigerers entstehen läßt, an die Pfändung, die regelmäßig ein Pfandrecht begründet, desgleichen an zahlreiche Ausschlußurteile, an die Gestaltungsurteile, wie das Ehescheidungsurteil und das Urteil, das über die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft erkennt usf.

Die verschiedensten Gerichtshandlungen besitzen also die Fähigkeit, absolute und relative Rechte zu schaffen und untergehen zu lassen. Diese Fähigkeit beruht auf der sich in den Gerichtshandlungen als Staatsakten kundtuenden Allmacht des Staates.

Die Gestaltungskraft der Gerichtshandlungen ist damit im Gesetz ausdrücklich anerkannt.[19]) Die Streitfrage ist nun allein, ob darüber hinaus auch jeder fehlerhaften Gerichtshandlung, insbesondere dem unrichtigen Urteil Gestaltungswirkung zukommt, ob die Rechtslage dadurch, daß die Entscheidung nicht der außerprozessualen Rechtslage

---

19) Die in der Gestaltungskraft der Gerichtshandlungen zum Ausdruck gelangende Gestaltungsnatur des Zivilprozesses ist keine neue Entdeckung. Diese Auffassung vom Wesen des Prozesses ist im Gegenteil ein Zurückgreifen auf Anschauungen, die in früherer Zeit allgemeine Geltung hatten. Heutzutage sind wir es gewöhnt, das Recht (das objektive, wie das subjektive) als etwas Einmaliges, sich nicht Veränderndes zu betrachten. Demgemäß haben wir den Prozeß als „Feststellungsverfahren" betrachten gelernt. Die Römer jedoch — und ebenso teilweise die Wissenschaft des gemeinen Rechts (vergl. hierzu besonders Kierulff S. 42 ff und 154 ff an den auch Bülow anknüpft) — haben erkannt, daß das Recht ständigem Wechsel und Veränderung unterworfen ist. Das Recht ist danach fortwährend in Bildung und Untergang begriffen. Bei einer solch funktionalen Betrachtung im Gegensatz zu der bisher allgemein geübten statischen Betrachtungsweise ist auch der Zivilprozeß naturgemäß Gestaltungsverfahren, da er die bestehende Rechtslage in erheblichem Maße beeinflußt.

entspricht, derart verändert wird, daß sie nunmehr mit der rechtskräftig festgestellten übereinstimmt.

Wenn eine Entscheidung eine über die im Wesen des Prozesses liegende oben skizzierte Wirkung auf die Rechtslage haben soll, so kann diese Kraft nur der unrichtigen Entscheidung zukommen.

Das wesentliche Merkmal einer fehlerfreien Gerichtshandlung ist es, daß die Rechtslage eine der außerprozessualen entsprechende Gestaltung erfährt. Das gleiche ist bei den zwar fehlerhaften, aber nicht unrichtigen Gerichtshandlungen der Fall. Nur der unrichtigen Gerichtshandlung könnte eine über die gewöhnliche Gestaltungswirkung der richtigen Gerichtshandlungen hinausgehende Gestaltungswirkung zukommen. Das Erkenntnis stellt etwas anderes fest, als ein richtiges. Es muß damit auch andere Wirkungen zeitigen, als das Erkenntnis, das hätte ergehen müssen.

Auf der anderen Seite ist aber die Gestaltungswirkung der unrichtigen Entscheidung geringer, weil die sonst mit einem Erkenntnis eintretende Gestaltung der bestehenden Rechtslage nicht eingetreten ist. Die Gestaltung, die über die dem Prozeß eigentümliche Gestaltungskraft hinausgehen würde, wäre daher nur der Ausgleich für diese geringere Wirkung unrichtiger rechtskräftiger Entscheidungen.

8. Diese Frage ist jedoch noch heute umstritten. Die einen, vor allem Hellwig, Stein und neuestens Böttticher gehen davon aus, daß eine Einwirkung des unrichtigen Urteils auf die materielle Rechtslage nicht bestehe. Die anderen, Wach, Kohler und vor allem Pagenstecher nehmen eine solche Einwirkung an.

Die Auffassung Hellwigs und Wachs ist von uns schon in ihren Grundanschauungen abgelehnt worden. Beide gehen davon aus, daß im Prozeß der Rechtsschutzanspruch in Streit befangen sei und das Urteil über ihn erkenne.

Hellwig[20]) sieht das Wesen der Rechtskraft in der bindenden Kraft der im Urteil enthaltenen Feststellung. Die Unbestreitbarkeit durch die Parteien (die Aussichtslosigkeit der Bestreitung), erscheint ihm nur als die Kehrseite der Bindung des Gerichts an die einmal gefällte

20) System, S. 777 ff.

Entscheidung. Hellwig bekämpft[21]) dabei die Auffassung, daß die Unbestreitbarkeit die Folge eines Rechts der einen gegen die andere Partei auf Duldung, Anerkennung, Respektierung des ergangenen Urteils sei. Weil das später angerufene Gericht an das Urteil gebunden sei, darum sei es auch für die Parteien maßgebend. Die Grundlage seiner Ansicht ist seine Auffassung vom Wesen des Prozesses, der sich in der absoluten Rechtsschutzfunktion erschöpfe. Dementsprechend werde die Rechtskraft für jeden späteren Richter unter dem Einfluß der Unbestreitbarkeit zum authentischen Beweise des festgestellten Anspruchs. Der Prozeß sei nur ein Rechtsvergewisserungsverfahren. Das Urteil nur ein Erkenntnis, d. h. eine Feststellung, an die sich unter Umständen die Rechtsverwirklichung schließen könne. Das unrichtige Urteil bewirke keine Änderung der Privatrechtslage. Eine privatrechtliche Änderung habe nur das Urteil, das eine Rechtsänderung ausspreche. Er erkennt damit die Gestaltungswirkung der Urteile in Gestaltungsprozessen an.

Ebenso bleibt nach Steins[22]) Auffassung die materielle Rechtslage von der Rechtskraftwirkung unbeeinflußt. Diese äußere sich nur auf prozessualem Gebiete, d. h. sie gewähre nur in einem zweiten Prozeß über denselben Anspruch der Partei die Befugnis, von dem Gericht die Ignorierung aller Parteibehauptungen contra rem iudicatam zu verlangen. Diese Gebundenheit des Gerichts und der Parteien äußere sich darin, daß in einem neuen Prozeß das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr in beachtlicher Weise bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr behauptet werden könne. Damit sei die Rechtskraftwirkung erschöpft. Der Anspruch werde in seinem Bestehen oder Nichtbestehen dadurch nicht berührt. Der irrtümlich aberkannte Anspruch bleibe trotzdem bestehen, der irrtümlich festgestellte werde dadurch nicht erworben.

Dieser prozeßrechtlichen Auffassung ist entgegenzuhalten, daß sie zu einem Dualismus zwischen der außerprozessualen Rechtslage und der im Prozeß festgestellten führt. Sie läßt es, zivilrechtlich gesehen, unerklärt, wieso der Kläger auf Grund eines obsiegenden unrichtigen Urteils von dem Beklagten eine Leistung verlangen kann und wieso er

21) System, S. 778 Anm. 7. Recht 1910. Sp. 720.

22) Kommentar, § 322 Anm. II.

im Falle der Klageabweisung trotz bestehenden subjektiven Rechts nichts verlangen kann.

Besonders gegenüber Hellwig führt Degenkolb[23]) mit Recht aus, daß eine Aufrechterhaltung des Klagerechts nur gegenüber einer abänderlichen Entscheidung Sinn habe. Bestehe das Klagerecht, so müsse es auch erfüllt werden können. Ein nichterfüllungsfähiges Klagerecht sei eine „Verlegenheitsgeburt".

Diese Ausführungen Degenkolbs haben aber auch gegenüber den Auffassungen Geltung, die nicht den Rechtsschutzanspruch als in Streit befangen ansehen, sondern ein subjektives Recht, über das im Prozeß entschieden wird. Hierauf ist unten noch näher einzugehen.

9. Demgegenüber sieht Wach das Wesen der materiellen Rechtskraft in der Unabänderlichkeit des Urteils für den entscheidenden und jeden anderen Richter. Sie sei die endgültig bindende Kraft des Urteilsinhalts für die beteiligten Prozeßsubjekte. Sie sei niemals die Feststellung von Tatsachen. Die Wahrheit von Tatsachen sei unabänderlich und damit der Rechtskraft entzogen. Ein Rechtsverhältnis sei aber wandelbar. Die Feststellung von Rechtsverhältnissen sei der Zweck des Prozesses. Daher könne eine solche, aber auch nur diese bindend werden. Ein Urteil, das dem wahren Sachverhalt nicht entspreche, binde dennoch.[24]) Ein Urteil könne daher auch Rechte geben und Rechte nehmen. Das Urteil sei immer richtig, weil es den Urteilsanspruch (Anspruch auf günstiges Urteil) erfülle. Das Urteil entscheide, wer einen Urteilsanspruch gehabt habe.

Das Bestehen dieses Anspruchs werde erst durch seine Erfüllung entschieden. Zugleich mit seinem In-die-Erscheinung-treten erlösche dieser Anspruch. In diesem Zeitpunkt sei er erfüllt.

Eine solche Konstruktion ist bedenklich, weil sie als stark gekünstelt erscheint. Und es ist eine alte Weisheit, daß die kompliziertesten Erklärungen nicht immer der Wahrheit am nächsten kommen.

23) Beiträge, S. 27 ff.

24) Vorträge, 2. Aufl. S. 133/134. In ähnl. Bahnen bewegt sich auch Binder. Prozeß und Recht. 1927.

Allerdings kann man nicht sagen, daß die Konstruktion unlogisch sei, wie Degenkolb[25]) meint. Die Gesetze der Logik geben nur an, was undenkbar ist. Es ist aber nicht undenkbar, daß schon vor dem Urteil objektiv ein Anspruch bestand, jedoch bis dahin nicht erkennbar war. Erst durch seine Erfüllung zeigt es sich, daß er bestand.

Wir lehnen aber die Auffassung Wachs schon deshalb ab, weil Wach den Rechtsschutzanspruch verwendet, der sogar die Grundlage seiner Theorie bildet. Das Bestehen eines Rechtsschutzanspruches aber wird von uns geleugnet.

Pagenstecher sieht das Ziel des Prozesses in der Erforschung der materiellen Wahrheit. Er schließt dies aus dem Begriff der Deklaration. Der Gegenstand der Wahrheitsermittlung sei jedoch nicht das geltend gemachte Recht, sondern die rechtliche Beziehung, die hinsichtlich dieses Rechtes unter den Parteien bestehe. Ein Urteil könne an sich unrichtig ergehen. Der Urteilszweck sei daher nur dann gesichert, wenn mit Eintritt der Rechtskraft eine Änderung der materiellen Rechtslage bewirkt werde. Den Umfang der möglichen Rechtsänderung zieht Pagenstecher soweit, „als auch ein zwischen den Parteien geschlossener Vertrag diese Rechtslage beeinflussen könnte".[26])

10. Gegen diese materiell-rechtliche Wirkung des unrichtigen Urteils hat sich u. a. Heim[27]) vor allem auch Lent[28]) gewandt, der die Deduktionen Pagenstechers einer eingehenden Nachprüfung unterzogen hat. Lent hebt richtig hervor, daß es sich bei diesem Theorienstreit nicht eigentlich um die Auffassung vom Wesen der Rechtskraft sondern um die Erklärung ihrer Wirkung handelt. Daß die Rechtskraft praktisch eine Bindung der Parteien und des Gerichts an das rechtskräftige Urteil und seinen Inhalt, an seine Feststellung, darstellt, wird von niemand bestritten. Streit herrscht nur darüber, wie diese Bindung zu erklären ist.

Lent betont auch richtig, daß durch die besonders von Pagenstecher gebildeten Beispiele weder der schlüs-

25) S. 27—31 (Beiträge).
26) Zuletzt Rh. Z. Z. Bd. 6. S. 494.
27) Feststellungswirkung. Bes. S. 115 ff.
28) Gesetzeskonkurrenz. Bd. 2 S. 165 ff bes. S. 242 ff.

sige Nachweis für die eine oder die andere der Theorien geführt werden kann. Die Ergebnisse beider seien entweder gleich oder wichen nur in wenigen Punkten von einander ab. Beide seien von einer überprozessualen Wertung nach Billigkeitsgesichtspunkten in ihren Ergebnissen vertretbar. Beide hätten mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Lent schließt sich der prozeßrechtlichen Theorie an. Er glaubt die Unhaltbarkeit der materiellen Theorie dadurch darlegen zu können, daß er nachzuweisen versucht, daß sie ihr Ziel, die Wahrheit des Urteils nicht erreicht. Er bildet eine Reihe von Beispielen und teilt diese in drei Gruppen. Bei der ersten Gruppe, die Prozesse über nicht bestehende Rechte enthält, versage die Theorie deswegen, weil die materielle Wirkung sich bestenfalls inhaltlich aber nicht dem Grunde nach mit der Feststellung decke. Ein von Lent gebildetes Beispiel mag dies verdeutlichen.

A. klagt gegen B. auf Feststellung seiner (A.'s) Forderung gegen C., welche B. sich ebenfalls zuschreibt. Diese Forderung besteht nicht. Das Urteil lautet auf Feststellung, daß A. diese Forderung gegen C. zusteht. In diesem Falle nimmt Lent an, daß nach Pagenstechers Auffassung das unrichtige Urteil keinerlei materielle Wirkung habe.

Bei der zweiten Gruppe, den Prozessen über bestehende Rechte, bei denen der wahre Inhaber nicht als Partei beteiligt, versage die materielle Theorie vollständig, weil sich die materielle Wirkung niemals mit der Feststellung des Urteils decke. Hier bildet er u. a. folgendes Beispiel: A. erhebt gegen B. Klage auf Feststellung seines Eigentums an einer Sache, die B. besitzt, oder auf Herausgabe seitens des B. Das Urteil lautet auf Feststellung oder Verurteilung zur Herausgabe. In Wahrheit ist C. Eigentümer.

Bei der dritten Gruppe, den Prozessen, bei denen der wahre Inhaber des Rechts unterliegt, sei die materielle Theorie durchführbar, wenn auch nicht lückenlos (unübertragbare Rechte) und führe zu Folgen, die bisher von der herrschenden Meinung entschieden abgelehnt seien (Untergang des Rechts bei dem negativen Urteil und absolute Urteilsgeltung).

Am schwerwiegendsten sind die von ihm in der zweiten

und dritten Gruppe genannten Beispiele. Hier soll nur kurz die Richtigkeit seiner Deduktion an einem Beispiel nachgeprüft werden.

Lent führt richtig aus, daß im Falle der Feststellung des Eigentums des A. das festgestellte Recht auf keinen Fall dem Sieger zuwachsen könne. A. könne also nicht Eigentümer werden. Jeder Erwerb des Rechts würde den Verlust desselben Rechts durch den wahren Eigentümer bedeuten, zumindestens den Hinzutritt eines neuen Berechtigten neben dem alten. Eine solche Einwirkung auf die Rechtslage eines Dritten könne aber durch den Prozeß zwischen A. und B. nicht erfolgen. Das festgestellte Recht entstehe also nicht durch das Urteil in der Person des A. Das Urteil bleibe also unrichtig, denn der Sieger im Prozeß sei nicht der Eigentümer der Sache, die ihm nach dem Urteil gehören soll. Der A. sei nur im Verhältnis zu B. der Eigentümer der Sache.

Lent hat mit diesem und ähnlichen Beispielen überzeugend den Nachweis geführt, daß in der Weise, wie Pagenstecher die materiell-rechtliche Natur der Rechtskraft zu erklären versucht, ein Vorwärtskommen unmöglich ist. Dennoch ist damit nicht — was Lent annimmt — die Unmöglichkeit einer materiell-rechtlichen Auffassung dargetan. Die zur Ablehnung von Pagenstechers Auffassung führenden Gründe liegen darin, daß Pagenstecher als in Streit befangen die rechtlichen Beziehungen zwischen den Prozeßparteien ansieht. Bei einer Feststellungsklage ist nach Pagenstecher das dingliche Recht oder das Schuldverhältnis in Streit befangen. Über dessen Bestehen werde entschieden. Diese Auffassung läuft aber der von uns vertretenen Auffassung vom Wesen des Prozesses zuwider.

11. Wir faßten den Prozeß als Gestaltungsverfahren auf. Gestaltet wurden die subjektiven Rechtsbeziehungen der Prozeßparteien. Hat nun der A. gegen den B. die Klage auf Herausgabe einer Sache auf Grund seines angeblichen Eigentums erhoben, so behauptet er, ein relatives Recht gegen den B. zu haben, weil er Eigentümer und B. Besitzer sei. Dieses relative Recht ist also in Streit befangen. Hierüber wird entschieden. Der Herausgabeanspruch wird

gestaltet. Das Eigentum des A. bleibt hiervon völlig unberührt.

Diese Auffassung scheint nicht bei Feststellungsklagen durchführbar zu sein. Denn bei diesen wird nach allgemeiner Auffassung das absolute Recht oder das Schuldverhältnis festgestellt. Nicht die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien erscheinen dann als in Streit befangen, sondern das Recht selber. Nach unserer Auffassung vom Wesen des Prozesses trifft dies jedoch nicht zu. Grundsätzlich sind nur die persönlichen Rechtsbeziehungen der Parteien durch den Prozeß gestaltungsfähig. Nur ausnahmsweise wird in einem Prozeß ein absolutes Recht mit Wirkung gegenüber jedermann geschaffen oder deklariert.[29]) Hier sind vor allem die Ausschlußurteile zu nennen. In allen anderen Fällen beschränkt sich jedoch die Wirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Parteien. Dies ist auch bei Feststellungsurteilen der Fall.

Mit Wirkung unter den Parteien kann aber nicht das Bestehen des Eigentums festgestellt werden. Man würde dann zur Konstruktion eines relativen Eigentums greifen müssen, was auch Jellinek[30]) tut. Dies ist aber nach Möglichkeit zu vermeiden, weil das Gesetz relative absolute Rechte nicht kennt und die Konstruktion neuer Rechtsinstitute immer etwas bedenkliches hat. Meistens sind sie Verlegenheitskonstruktionen, um die mit einer vorgefaßten Meinung aufgestellte Theorie zu begründen. Das Eigentum besteht, oder es besteht nicht in der Person des X. Wohl aber kann der Y. verurteilt werden, den X. so anzusehen, als ob X. der Eigentümer wäre. Dann betrifft das Urteil aber nicht das Bestehen des absoluten Rechts, sondern die Rechtsbeziehung zwischen X. und Y. Diese persönlichen Beziehungen bestehen nicht aus dem Eigentum, sondern aus dem Anspruch aus §§ 985, 1004 BGB. usf., also aus den aus dem Eigentum entspringenden relativen Rechten. Bei einer Feststellungsklage muß also auch über das Bestehen dieser Rechtsbeziehungen entschieden werden.[31])

29) Dieses sind die wenigen Fälle, wo der deutschrechtliche Gedanke der Rechtskraftwirkung gegen jedermann sich erhalten hat. Fischer, Lehrb. S. 322 nennt diese Urteile daher „wahre Feststellungsurteile".

30) Der fehlerhafte Staatsakt, S. 165.

Daher können auch bei diesen Klagen nur die Rechtsbeziehungen zwischen X. und Y. in Streit befangen sein. Bei einer Feststellungsklage wird also nicht über das Bestehen des absoluten Rechtes, sondern über die Summe der rechtlichen Beziehungen unter den Prozeßparteien entschieden. Die Feststellungsklagen müßten nach dieser Auffassung Gesamtklagen sein, die alle aus einem Rechtsgrund herleitbaren Rechtsbeziehungen unter den Parteien einheitlich entscheiden und diese feststellen.

Ebenso sind bei Urteilen über die Echtheit einer Urkunde auch nicht die Tatsache der Echtheit in Streit befangen. Hier hebt besonders Fischer,[32]) dieser unter Hinweis auf die Motive zum BGB. I, S. 369 mit Recht hervor, daß „Tatsachen" niemals in Streit befangen seien. Die unechte Urkunde werde durch das unrichtige Urteil nicht echt. Die Rechtskraft des Urteils bedeute daher auch nicht eine Wahrheitsfiktion. Wohl aber wird der X. dem Y. gegenüber verpflichtet, sich so behandeln zu lassen, als ob die Urkunde echt wäre. Das zeigt, daß eine Rechtsbeziehung zwischen X. und Y. über die Echtheit in Streit befangen ist, die allerdings kein Anspruch, kein Forderungsrecht, sondern eine Rechtsbeziehung eigener Art ist.

Greift man zu einer solchen Konstruktion, so ist damit der Einwand Lents gegenüber der materiell-rechtlichen Auffassung hinfällig. Ein Urteil ist dann immer wahr, wenn auch nichts über das Bestehen des dem Erkenntnis zugrunde liegenden Recht ausgesagt ist.

12. Hiermit ist aber noch nicht die unbedingte Notwendigkeit einer materiell-rechtlichen Auffassung der materiellen Rechtskraft dargelegt. Die prozeßrechtliche ist nur dann abzulehnen, wenn sie aus irgendwelchen Gründen als unannehmbar erscheinen muß. Diese Gründe liegen in dem

---

31) Daß bei einer Feststellungsklage nicht das Eigentum in Streit befangen sein kann, zeigt besonders das auch von Lent, Gesetzeskonkurrenz, S. 221 f. hervorgehobene Beispiel: A erhebt gegen B Klage auf Feststellung des Eigentums an einer Sache, die dem C gehört. Ohne Annahme einer Wirkung des Urteils auf Dritte, also das Hineinbeziehen von völlig Unbeteiligten in den Rechtsstreit sei in diesem Falle die Konstruktion einer materiell-rechtlichen Wirkung des Urteils undenkbar.

32) Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 135.

Dualismus von objektiver Rechtslage und der durch das Urteil festgestellten bei einem unrichtigen Erkenntnis. Denn was Degenkolb gegenüber Hellwig hinsichtlich des unerfüllten Rechtsschutzanspruches sagt, gilt für das aberkannte, jedoch in Wahrheit dennoch bestehende subjektive Recht in ähnlicher Weise.

Besteht der zu Unrecht aberkannte Anspruch weiter, so muß er erfüllbar sein.[33]) Er ist dann allerdings nicht mehr klagbar. Es würde nur eine obligatio naturalis zurückbleiben.[34]) Insofern hat auch nach der prozessualen Theorie das unrichtige klagabweisende Urteil eine Gestaltungswirkung, die nur ihm eigentümlich ist. Die Möglichkeit einer besonderen Gestaltungswirkung des unrichtigen Urteils wird aber gerade von der prozeßrechtlichen Auffassung geleugnet. Diese Theorie gerät damit in Widerspruch mit ihrem Ziel, der Auffassung des Urteils als bloßer Feststellung. Wird trotz dessen in Unkenntnis des aberkennenden Urteils von dem Sieger geleistet, so könnte dieser seine Leistung nicht zurückverlangen, weil er nur seine Pflicht erfüllt hätte, obwohl das Urteil besteht, das seine Pflicht zur Leistung verneint. Denn für eine Leistung des Siegers soll ja die materielle Rechtslage maßgebend sein.

Ist ein nicht bestehender Anspruch anerkannt, so kann nunmehr der materiell Nichtberechtigte X. etwas verlangen. Obwohl dem X. kein subjektives Recht zur Seite steht, hat der andere zu leisten. Erfüllt werden könnte jedoch nichts. Es wäre eine Leistung ohne Erfüllungsmöglichkeit, denn erfüllt werden können nur „Ansprüche". Ein im Materiellen liegender Rechtsgrund wäre nicht vorhanden. Der Rechtsgrund ist eben nur der Anspruch, das subjektive Recht. Bestände aber kein Rechtsgrund für die Leistung, so müßte ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung als gegeben anzusehen sein. Damit würde aber die Rechtskraft eines Urteils gegenstandslos werden. § 812 BGB. muß also als ausgeschlossen erscheinen.

33) Dies betont u. a. besonders Baumbach. Anm. zu § 322 ZP.

34) Dagegen aber die herrschende Meinung. Vergl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 140 unter Hinweis auf die Motive zum B. G. B. I S. 370.

Aber jede Leistung, die im Widerspruch zu dem Urteil ergeht, würde eine Beseitigung der Rechtskraft des Urteils darstellen. In einem sich an die dem Urteil widersprechende Leistung anschließenden Kondiktionsprozeß müßte immer eine Nachprüfung des Urteils erfolgen und dieses, wenn unrichtig, die Grundlage für die Kondiktion bilden. Damit würde aber die Rechtskraft des Urteils tatsächlich nur eine Farce sein.

Dieser ständige Dualismus zwischen wahrer und im Prozeß festgestellter Rechtslage ist aber auf die Dauer unerträglich, denn er unterstreicht die Ungerechtigkeit des unrichtigen Urteils in nachdrücklichster Weise und läßt für das Institut der Rechtskraft besorgen.

Richtig hebt auch Düringer[35]) hervor, daß die prozeßrechtliche Theorie lebensunwahr ist. Und das ist nach unserer Auffassung der schwerste Vorwurf, der einer Theorie gemacht werden kann. Jede Theorie ist als Gedankengebilde überaus reizvoll. Soll sie Geltung für das Wirtschaftsleben haben, dann muß sie auf dieses Rücksicht nehmen, andernfalls sie lediglich als Geistesschulung Wert hat, aber nicht Geltung in einer in so hervorragendem Maße praktischen Wissenschaft, wie der des Zivilprozeßrechts verdient. In der Rechtswissenschaft heißt es: Zuerst diene der Allgemeinheit und nicht: ist diese Auffassung denkbar. Jeder, der im Prozeß verurteilt wird, denkt aber allein: Jetzt muß ich zahlen; mir hilft kein Bestreiten; ich bin verurteilt: Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Zahlenmüssen.

Andererseits widerspricht aber die Gestaltungsfähigkeit des unrichtigen Urteils nicht der Natur des Prozesses, den wir als Gestaltungsverfahren erkannt haben. Die Einwirkung der rechtskräftigen Entscheidung auf die materielle Rechtslage, die Gestaltung, haben wir im ganzen Prozeß gefunden und als Eigentümlichkeit des Prozesses ansehen gelernt. Und nun soll bei einer Art von Entscheidungen, den unrichtigen Feststellungs- und Leistungsurteilen die Gestaltung beschränkt sein!

Gleichzeitig wird aber auch die Minderwirkung des unrichtigen Urteils, das Nichterreichen der Gestaltung der außerprozessualen Rechtslage im gewünschten Sinne durch

35) J. W. 1911. S. 296.

diese Mehrwirkung ausgeglichen. Die Gestaltungskraft des unrichtigen Urteils fügt sich also harmonisch in das Prozeßrechtssystem ein. Bei solcher Umschreibung der Wirkung der materiellen Rechtskraft entstehen zudem nicht mehr Schwierigkeiten, als die bisher vertretenen Theorien aufzuweisen haben.

Dies alles führt dazu, daß die prozeßrechtliche Theorie, weil lebensunwahr, widerspruchsvoll und mit dem Wesen des Prozesses als Gestaltungsverfahren nicht übereinstimmend uns als unannehmbar erscheint.

Der Umfang der Gestaltungskraft der rechtskräftigen Urteile beschränkt sich nun aber nicht auf Entstehung eines Anspruchs. Die gesamte Rechtslage, soweit über sie entschieden wird, wird derart gestaltet, daß sie nunmehr derart ist, wie die Entscheidung lautet. Daher sind auch nach unserer Auffassung Prozeßurteile der materiellen Rechtskraft fähig. Das vorher örtlich unzuständige Gericht wird durch seine Entscheidung zuständig.[36]) Auch beschränkt sich die Gestaltungskraft nicht auf die Urteile. Nach unserer Auffassung sind auch z. B. Pfändungsbeschlüsse, zumindestens was die Zuständigkeit des Gerichts anbetrifft, der materiellen Rechtskraft fähig.[37])

Exkurs.

Die materielle Rechtskraft bedeutet eine Absorbtion der Rechtserheblichkeit von Tatsachen innerhalb des Prozesses. Bei richtigem Urteil werden durch die Unabänderlichkeit die Ansprüche, bzw. die Rechtsbeziehungen, über die entschieden wird, von ihrer Grundlage losgelöst. Sie können nicht mehr dadurch zu Fall gebracht werden, daß der Unterlegene nach Eintritt der Rechtskraft Einwendungen erhebt, die vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Mit der Geltendmachung dieser Einwendungen ist er ausgeschlossen. Dadurch wird kein neuer Anspruch geschaffen. Die Urteilsforderung ist bei richtigem Urteil der alte, nur veränderte Anspruch. Sein Fortbestehen ist nicht mehr von seiner Grundlage abhängig.

---

36) Dagegen die herrschende Meinung. Für uns spricht § 10 ZPO.

37) Dagegen die herrschende Meinung, die Nichtigkeit des Pfändungsbeschlusses annimmt. Vergl. oben S. 74.

Anders bei unrichtigem Urteil. Hier ist die Existenz eines Anspruchs festgestellt, welcher in Wahrheit nicht bestand.

Zusammenfassend ist zu sagen: Aus der Natur des Prozesses als eines Gestaltungsverfahrens ergibt sich, daß das unrichtige rechtskräftige Urteil Recht schafft. Es ändert die Rechtslage. Diese Änderung tritt mit der formellen Rechtskraft, der Unanfechtbarkeit der Entscheidung, ein.

13. Das Problem der fehlerhaften Gerichtshandlung hat sich damit als für zahlreiche, das Prozeßrecht durchziehende Probleme als bedeutsam erwiesen. Der Verfasser hofft, daß dieser kleine Beitrag verdeutlichen hilft, in welch weitem Umfang unser Thema seine Kreise zieht, wo überall die Erscheinung der Fehlerhaftigkeit einen entscheidenden Einfluß gewinnt, ohne daß mit den hier gemachten Ausführungen die Fragen, die im Zusammenhang mit dem Thema auftauchen, eine erschöpfende Behandlung erfahren haben sollen.

Lebenslauf

Am 9. November 1907 wurde ich als Sohn des jetzigen Konrektors Max Hoffmann und seiner Ehefrau Ellen, geb. Renner, in Breslau geboren. Nach anfänglicher häuslicher Vorbereitung besuchte ich die evgl. Volksschule 39, sodann das Gymnasium und Realgymnasium zum hl. Geist und schließlich die Bender-Oberrealschule in Breslau. Ostern 1926 bestand ich die Reifeprüfung und studierte sodann sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau und Graz. Ich hörte Vorlesungen bei den Professoren Bechtel, Bräuer, Bruck, Büchner, Otto Fischer, Gottlob, Gretener, Heilborn, Helfritz, Hesse, Lenz, Lukas, Manigk, Nagler, Obst, Pöschl, Puntschart, Reuter, Rintelen, Rosenstock-Hüssy, Schmidt-Rimpler, Schott, Schöndorf, Seelig, Waldecker, Wegner. Am 2. Juli 1930 bestand ich bei dem Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit voll befriedigend und wurde am 12. Juli 1930 zum Referendar ernannt. Für die vorliegende Arbeit erhielt ich den ersten Preis des Otto-Fischer-Preisausschreibens und kostenfreie Promotion. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 5. Dezember 1931. Zur Zeit bin ich bei der Staatsanwaltschaft im Vorbereitungsdienst tätig.

Max Hoffmann.